

計画の行為形式に関する一考察（二・完）

高橋 信隆

はじめに

第一章 ドイツにおける計画法理論の展開

第一節 伝統的行政法学における計画法理論

第二節 計画法理論の新たな展開

第三節 行政法上の問題としての計画（以上二三号）

第二章 計画の法形式

第一節 規範形式

第二節 行政指針

第三章 計画上の諸問題と「行為形式論」

第一節 計画の法形式と計画上の諸問題との関係

第二節 計画の行為形式と法的性質

おわりに（以上本号）

第二章 計画の法形式

以下では、実際に計画を策定する際にいかなる行為形式が用いられているかを、西ドイツにおける現行の国土整

備法制を中心としながら概観し、そこでの問題点を明らかにしてみたい。なお、実際の計画には、以下で述べる諸形式のほかに行政行為や行政契約などの形式を用いているものもあり、それらは本稿との関連においてのみではなく行政法学一般からも重要な論点を含むものではあるが、ここでは割愛せざるをえなかった。いずれ検討の機会をもちたいと思う。ただ、本稿と密接に関わりを有する部分については、以下で随時検討を加えることにしたい。

第一節 規範形式

一 法律

一 法律 (Gesetz) の形式を用いた計画の代表的なものとしては連邦予算計画 (Bundeshaushaltsplan) があるが、全体としてはそれほど多いとは言えない。本稿の直接の考察の対象である国土関連計画の分野においても、いくつかの州の地方計画 (Landesplanung) や国土整備プログラム (Raumordnungsprogramm) にその形式を散見しうるにすぎない⁽¹⁾。

ところで、これらの計画は、それが法律形式を用いていることの必然的な結果として、立法手続によって策定されることには問題がないが、それが、はたして、法律という形式と同時にその内容においても法律というに値するものなのかどうか、また、法律という形式を選択するだけの必然性を有していると言いうるのかどうか、ということになると、必ずしも問題がないとは言えない⁽²⁾。確かに、たとえば地方計画のような場合、私人に対する直接的な法効果は有していなくとも、自治体などとの関係においては何らかの法的な作用を含むものであると考えるのであれば、そこに何らかの意味での法規範性を認識することもできよう⁽³⁾。しかし、そのことと、それを法律の形式で策定しなければならないことは、何ら必然的な関係にはないようにも思われるのである。そこで、このようなことを念頭に置きながらこれら法律形式を用いている諸計画を概観してみると、次のようなことが明らかになるよ

うに思われる⁽⁴⁾。

すなわち、地方計画のような計画領域では、そもそも計画を法律として発布する必要性はさほど感じられない、ということである。ただ、地方計画の場合には、当該計画それ自体の問題のみではなく、それに基づいて策定される下位計画との関連をも併せ考慮する必要がある、そのような局面で捉えてみるならば、そこに法律という形式を用いることの意義を見い出すことも可能となるかもしれない。すなわち、それは、下位計画との関連で、それらを策定するための手続や諸原則を定める基本法としての役割を果たすものであるからである⁽⁵⁾。上位計画の法的拘束性や計画相互間の適合性の問題などは、おそらくこのような視点から捉えうるであろう。しかし、それは、地方計画それ自体が法律という形式を用いることの要否とは一応区別して考えるべきであるし、その限りでは、法律形式を用いることの意味はそれほど感じられないようにも思われるのである⁽⁶⁾。

とは言え、ここでは、右の問題こそが法律形式を用いた計画を考察するうえで最も重要なものの一つであるとも考えられるから、いま少しその問題に言及してみようと思う。それは、近年、地方計画法が枠組的性格⁽⁷⁾ (Rahmen-character) を有するものとして論じられている問題でもある。

(1) Z.B., §§ 2 Abs. LPlG Hessen; 12 LPlG NW; 5 Abs. 4 NROG; 11 Abs. 1 Satz. 2 LPlG Rh.-Pf.; 2 Abs. 1 LPlG SH. そのほか、各州の財政計画 (Haushaltsplan) もその多くは法律の形式をもって策定される (もともと、例外的にハンブルクにおいては議会の決定 (Parlamentsbeschluss) によって確定される)。

(2) たとえば財政計画などは、それ自体によつては国家机关の外部にある法主体に対して何らの権利義務をも基礎づけることはない (§ 3 Abs. 2 BHO)。¹⁾ いわゆる国家の内部領域においてのみ作用を及ぼすにすぎないと考えられる (vgl. BVerfG, DVBl. 1975, S. 103 f.)。このような、いわば形式と内容との差異に關しての問題意識については、すでに、第一章において論じた。拙稿・立教法学二二号七〇頁註(2)、九五頁以下など参照。

(3) このような点をも含めた国土整備計画に關する一般的な説明については、R. Breuer, Die hoheitliche raumgestaltende Planung, 1968, S. 54 f. なお、拙稿・立教法学二二号九〇頁以下参照。

(4) なお、本稿においては、諸般の事情から、法律形式を用いた計画に関するさまざまな問題点について逐一検討を加えることができなかった。これについては他日を期したいが、とりあえず、vgl. W. Erbguth, Probleme des geltenden Landesplanungsrechts, 1975.

(5) これは、近年、西ドイツにおいて計画法 (Plangesetz) と計画原則法 (Planungsgrundsatzgesetz) の関係の問題として論じられている。Vgl. R. Breuer, Selbstbindung des Gesetzgebers durch Programm- und Plangesetze? DVBl. 1970, S. 101, 102 ff.; G. Püttner, Unterschiedlicher Rang der Gesetze? DÖV 1970, S. 322, 324 f.; H. Krüger, Das parlamentlose Parlamentsgesetz DVBl. 1962, S. 581, 583 ff.

(6) 強いて理由をあげるとすれば、本文で指摘したように、下位の計画化および諸措置の基礎となるものであるが故に厳正に策定しようとするため、という程度のものであろうか。

(7) 枠組的計画については、拙稿・立憲法学二二号九〇頁以下参照。

二 地方計画⁽¹⁾ (Landesplanung) の根拠法たる各州の地方計画法 (Landesplanungsgesetz) は、その策定に關与する者およびその権限を規定しているほか、策定の手続や計画化のための諸原則についても規律する。しかし、他方で、そのような特定の計画に関する事項にとどまらず、州全体の発展のためのさまざまな目標をも置いているのである。その限りで、州の発展のための一つの枠組 (Rahmen) を設定しているということができよう。そして、その法律に基づく計画は、その枠内で、しかもそこに存する指針的な内容を有するにすぎない諸目標を具体化する形で策定されるものであると言いうる⁽²⁾。したがって、法律形式で策定されるその計画は、その根拠法たる地方計画法との関係では、後法 (lex posterior) にすぎないというのでは決してなく、特別法 (lex specialis) たる地位をも併せ有しているものと考えられる⁽³⁾。そこで、法律学上の原則に従えば、一般的には根拠法たる地方計画法ではなく、それに基づいて策定された（法律形式を有する）地方計画によって具体的な法問題の解決が図られることになるのである。他の多くの場合においてもそうであるように、問題はそれほど単純ではない。むしろ、とりわけ計画に關しては、別の解決法を模索しなければならぬように思われるのである。すなわち、右のように、計画が後法もしくは特別法という意味で、それに先行し一般的な原則を定めるものであるところの地方計画法に優先するとすれば

ば、根拠法たる地方計画法（計画原則法）をいかなるものとして捉えたらよいのであろうか。単なる指針にとどまるのであろうか。⁽⁴⁾ その際の法律としての意義はいかなる点に存するのであろうか。⁽⁵⁾

この点、たとえば後法もしくは特別法であっても、本件におけるようないわば同ランクの法律の衝突が問題となつてゐるような場合には、前法もしくは一般法に必ずしも優先するものではないといった主張は、かなり以前から存するし、⁽⁶⁾ 計画の場合については、このような主張を踏まえて、法的にある程度異なる内容・効果を規定したもので、前法との関係ではその法律を一部無効としうるよう構成すべきであるといった考え方も散見しうる。⁽⁷⁾ もちろん、このように構成することがはたして適切かつ論理的であるかどうかについては、更に詳細な議論を必要とするであろうから、ここで詳論することは控えたいが、このような主張は、ここでの問題を考えるときには、少なからず有効かつ実的な結論を導き出してくれるように思われるのである。すなわち、一方では、基本的な内容を有する法律（ここでは地方計画法）の原則的優位を保証すると同時に、他方では、それを後の法律（ここでは地方計画）によって、その時々々の諸状況に応じて変更することをも認めうることもなるからである。換言するならば、計画相互間の調整などの問題は、右前者の原則的法律の枠内での問題として考えられ、そこでは、その原則的法律に基づく全計画システムがどのように評価されうるかが観念される一方、それに基づいて策定された法律（ここでは地方計画）が、単なる後法もしくは特別法といった位置づけにとどまることなく、全体の計画システムの中でどのように位置づけられるのが新たに問題とされねばならない。また、右後者との関連では、地方計画法それ自体のフレキシブルな性格（もつとも、これは下位計画との関連では地方計画についても妥当する）を承認することになると同時に、地方計画法自体が有する規律の内容・程度が新たに問題とされねばならないであろう。とは言え、このように構成することが論理的に可能であるかどうかについては、なお疑問が残る。したがって、ここではとりあえず、いずれの場合においても地方計画法が優位にあると構成することが計画法的な考え方からして妥当なのではな

いか、ということだけを指摘するにとどめておこう。⁽⁸⁾

(1) ここではもちろん、法律形式を用いた地方計画が対象となることは言うまでもない。

この「Landesplanung」という語に対しては、文字通りに「州計画」という訳語をあてることが多いが、本稿においては、その内容に着目して「地方計画」(Landesplanungsrecht, -gesetzを「地方計画法」とした。Landesplanungは、国土整備(Raumordnung)の部分的なものとされている。Landesplanungの任務は、国土整備法によれば、国土整備計画(Raumordnungsplan)の策定および国土に重要な影響を与える各々の措置・計画化を国土規制の観点から一致させることである(vgl. § 4 III; § 5 I, II ROG)。したがって、Landesplanungは、その法的基礎が右の国土整備法のほか各州のLandesplanungsgesetzにあるため、各々の州に関する国土計画という意味で「州計画」と訳すことも、もちろん可能ではあるが、州の計画は国土に関するもの以外にも存すること、連邦の国土整備体系の一部として捉えうることに、更に歴史的には、現在のような州(Land)に分化する以前から文献等でLandesplanungの語が用いられ(vgl. J. Umlauf, Wesen und Organisation der Landesplanung, 1958, S. 14 ff.; H.-G. Niemeier, Zur historischen und gedanklichen Entwicklung der Landesplanung, Die Verwaltung 1 [1976], S. 129 ff.)、そして「州」の計画ではなく広域的な国土計画という意味で使用されていることなどの理由から、本稿では「州計画」の訳語を用いることを避け、「地方計画」の語を使用することにした。なお、宮田三郎「計画策定手続と市町村の参加」専修法学論集三〇号(一九八〇年)六頁は、Landesplanungに対して「ラント国土計画」という訳語をあてているが、意味的にはまさに正当と言いつけるように思われる。

また、国土整備(Raumordnung)という概念は、近時しばしば用いられるが、必ずしも明確な定義づけがなされているとは思われない。

まず、国土整備の概念を法律上定義しているものは、これまでのところは存しない。連邦の国土整備法あるいは各州の計画法にしても、国土整備という概念を用いてはいるものの、そこでは国土整備の任務および目標を規定することになっている(vgl. z. B. §§ 1, 2 ROG; § 1 LPlG BW; Art. 1 LPlG Bay; § 1 LPlG Hessen; § 1 NROG; § 1 LPlG NW; § 1 LPlG Rh.-Pf.; § 1 LPlG Saar; § 1 LPlG SH)。

次に、学説をみると、たとえばエルンストは、国土整備という言葉には二様の意味があるとみる。それは、一つには、領域の事実上の状態(Zustand)、すなわち都市、村落、交通施設、エネルギー管およびその他の基幹公共施設もしくは領域内でのさまざまな土地利用の現在の配置を、そして他方では、適正な空間的秩序(räumliche Ordnung)を実現する活動(＝国土整備政策[Raumordnungspolitik])を意味するものであるというのである(Ernst, in: Ernst/Hoppe, ÖffBaBoR, Rdn. 1)。¹⁾しかし、このような説明によつて、なお明確なものとはなっていないように思われるし、他の学説を総合してみても、そこに統一的な用語法を見い出すことはできない(vgl. Zinkahn/Bielenberg, Raumordnungsgesetz des Bundes, Kommentar unter Berücksichtigung des Landesplanungsrechts, 1965, § 1 Rdn. 1)。²⁾これは、ひとえに「国土整備」というものの複雑な性格によるものである。

ところで、国土整備という概念は、「土地の分配、国土整備および水の管理」(die Bodenverteilung, die Raumordnung und der

Wasserhaushalt) についての権限を連邦に付与した基本法七五条四文にも見ることが出来る。この概念について、連邦憲法裁判所は次のように述べている。すなわち「基本法七五条四文の意味での『国土整備』の概念の下では、各地区にまたがった計画化(überörtliche Planung)が問題となっている。それは、『国土(Raum)』の包括的で各地区にまたがった、そして上位の計画化および規制である。それは各地区にまたがった計画化であり、多様な部門別計画を総括し、相互に一致させるものであるから、上位のものである(übergeordnet sein)」と(BVerfG, Rechtsgutachten vom 16. Juni 1954, BVerfGE 3, 407 ff.)。このことから明らかになることは、まず、『国土整備が上位の計画化である』ということである(“Raumordnung als übergeordnete Planung”, W. Erbguth, Probleme des geltenden Landesplanungsrechts, 1975, S. 3)°。これは、『部門別計画は地区の計画に対して上位の性格を有するということ』で、それは国家の独立かつ普遍的な計画高権(Planungshoheit)に基づくものであるという(vgl. BVerfGE 3, 428)°。次に、『国土整備は各地区にまたがった計画化である』(“Raumordnung als überörtliche Planung”, Erbguth, a. a. O., S. 3 f.)°。このメルクマールによって、『国土整備は地区計画(Ortsplanung)から区別される。ただ、この場合、多くの地区のために計画が策定されても、それは各地区にまたがった計画と同一のものではない。なぜなら、地区計画法においても国土整備が行なわれうるからである。すなわち、連邦建設法三条によれば、『隣接市町村の都市建設上の発展が共通の前提および需要によって決定され、もしくは、共通の土地利用計画(Flächennutzungsplan)が、さまざまな利害の適正な調整を可能とするような場合には、隣接市町村に共通の土地利用計画が策定される』とされている。更に、同法四条一項一文は、『市町村およびその他の公の計画担当者は、共同で作成された建設管理計画(Bauleitplanung)によってさまざまな利害の調整を行なうために、共通の計画組合(Planungsverband)に合併しうる』と規定している。それにもかかわらず、市町村が基本法七五条四文の意味での国土整備を行なうことができないのは、それらの計画たとえば共通の建設管理計画の内容が、地区の計画に関する法に限定されているからである。換言すれば、それらの計画には各々の地区に関する視点をこえたものが欠けており、純粹に地区的な視点から行なわれるにすぎないからである(したがって、この“überörtlich”とは、二つの意味があるように思われる。Erbguth, a. a. O., S. 4)°。更に、『国土整備は、包括的な計画化である』(“Raumordnung als zusammenfassende Planung”, Erbguth, a. a. O., S. 4)°。以上(2)° vgl. Ernst, in: Ernst/Hoppe, ÖffBau-BöK, Rdn. 1.

また、『国土整備の概念は、静態的構成要素(statische Komponent)と動態的構成要素(dynamische Komponent)とを含む』とも言われる(K. H. Friauf, in: I. v. Münch [Hrsg.], Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1979, S. 529; Erbguth, a. a. O., S. 4 f.)°。すなわち、『国土整備は、それが国土の特定の状態に関連する限りでは静態的であり、他方、それが国土の望ましい理想的な状態の指導像を開し、その実現のための前提を創造することを旨とする』この諸措置の全体像を含むときには、『国土整備は動態的である』というのである。計画を法学的に考察する場合に、静態的視点のみならず、動態的視点が今後ますます重要になっていくことは言うまでもない。なお、以上のことを踏まえて、『Erbguth, a. a. O., S. 6』は、『国土整備は、『公共機関(öffentliche Hand)』の全ての措置』とりわけ人間および国土の秩序

づけに、重要な計画化（Planung）および投資（Investition）の開始（Initiierung）および調整（Koordinierung）と定義している。

更に Bielenberg/Erbugth, Kommentar zum Raumordnungsgesetz des Bundes (ROG), 1979, § 1 Rdn. 43 では、国土整備について、それが適正な空間的秩序の指導概念にとつての上位概念（Oberbegriff）であるとし、その一般的な任務もしくは一般的な目標はその指導概念の実現にあるとしたうえで、国土整備のそれぞれの意味について説明している。それによれば、用語法上は、適正な空間的秩序を実現するための立法、政府および行政における活動であり、組織的な意味では、右のような任務領域に関して共同体の政府および行政内で権限を有している官庁およびその他の機関である、とされている。

さて、以上のところからも明らかなように、国土整備の概念については、必ずしも明確な定義づけがなされているわけではない。ここでは、一応、先の連邦憲法裁判所の見解に従って、国土の包括的で、各地区にまたがった、そして各々の専門領域にまたがった規制、と理解しておきたい。Vgl. Friauf, a. a. O., S. 530; Art. "Raumordnung", in: C. Creifelds, Rechtswörterbuch, 5. Aufl. 1978, S. 903.

(2) 指針的な性格を有するにとどまる計画については、後述六七頁以下参照。

(3) もっとも、（法律形式で策定される）計画とその根拠法たる地方計画法との関係を、本文で述べたような前法と後法、一般法と特別法という関係で捉えうるかどうかということそれ自体についても、問題がないわけではない。すなわち、この場合、計画と計画法とは、規律の対象および領域のいずれの面においても、いわば全く同ランク、同レベルのものであるからである（Püttner, a. a. O., S. 322）。しかし、逆に、そうであるからこそ右のような関係にあるものとして捉えることも可能であろう。

(4) すなわち、ここで計画と計画法との関係は、同一レベル、同一領域の、しかも同一内容に関する規律という点で、ほぼ重なり合っていると考えられるから、法律形式を有する計画が策定されれば、その根拠法たる計画法（計画原則法）の適用される余地は、（計画が改定されるときのなどの例外を除いて）ほとんど存しないことになると思われるからである。

(5) もっとも、これに対しては、このような例外的事象を排除するために、法律形式の計画はそもそも認めるべきではない、といった主張も考えられるが、それは必ずしも適切ではない。すなわち、現に法律形式を用いた計画が存するのであるから、まず何よりもそれに関わりを有する諸問題を解決しなければならぬことは当然のことであるし、その点はさておくとしても、ここでのいわば競合的な関係が決して解決不可能な、しかも法秩序の統一性を妨げるといったものではないと考えられるからである。この点の詳細は省略するが、Wolff/Bachof, VwR I, § 26 III はこの種の問題に言及しているので参照されたい。

(6) Wolff/Bachof, a. a. O.

(7) W. Schick, Kontrolle der Planung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, JZ 1974, S. 470, 474; R. Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 329; vgl. G. Püttner, a. a. O., S. 322 ff.

(8) しかし、ここではまさに、何が「計画法的な考え方」であるのかを明らかにすることが必要なものであり、それが不明である限り、少なくとも「行政計画」を法律・法規命令・条例等と並ぶ独自の行為形式として位置づけることは、実益に欠けることになる。

三 以上、議論が横道にそれてしまった観もあるが、いずれにしても、法律という形式は計画の行為形式としては必ずしも必然的なものではないと思われるのである。とは言え、現に法律形式を用いている計画が存するのであるから、その妥当性とは別個に、その法的意味については検討を加えておく必要がある。

そこで参考となるのは、「立法者が特定の計画について一定の法形式を選択するのは、その計画について望ましい程度、拘束力を期待したからに他ならない。立法者の指定する法形式は、計画にふさわしい形式に関する問題ではなく、望ましい法的効果に関する問題である」⁽¹⁾(傍点筆者)という指摘である。これは、もちろん法律形式を有する計画についてのみ述べられたものではないが、この言葉の意を汲みとるならば、各種の計画の中でもより基本的な、いわば後のあらゆる計画化や諸措置の基礎をなす計画については、その全体的位置づけからしても、法的に厳格な形で策定されることが望ましいという立法者の期待が、法律という形式を要求していると考えることができる。下位レベルの計画ではなく、上位の地方計画や国土整備プログラムにこの形式を用いているものがより多く見られるのは、おそらくこうした事情を背景としていると言えるのかもしれない。そして、もし右のように考えうるのであれば、法律形式の計画は、その策定について議会の議決を必要とするという形式的意味での法律であるにすぎない。したがって、その意味でも、法律という形式はまさしく「計画にふさわしい形式」とは言いえないことになるであろう。⁽²⁾

ただ、それが実質的な意味で法的に何らの効果をも有しないかという点、必ずしもそうとは言いきれない面もある。なぜなら、とりわけ地方計画などは、現実には全体の計画化システムの最上位に位置する計画として下位の計画化を拘束していると考えられるし、逆に、下位計画の策定に際してもそれを考慮し、その枠内で策定しうるに

すぎないからである。したがって、このような側面を捉え、その拘束性や顧慮・適合義務⁽³⁾といったものを有意味に構成しようとするならば、それに対して実質的な意味でも法律としての性質を付与することはできるであろう。しかしながら、再三指摘するように、それは地方計画それ自体が法律という形式を用いていることとは別の次元の問題であると考えられるから、右のような現実の計画化システムのあり方をもって法律形式の必然性を重要視するとは、適切な評価とは決して言いえないように思われる。西ドイツにおいて、その形式がすでに法律上明確にされているときでも、なおその実質的な内容・性質に関する議論が展開されてきたことは、意識的に無意識的にか、右のような事情を反映していると思われる⁽⁴⁾、更には、右のような上下の計画間の拘束・適合等の問題は、むしろ、計画がこれまで基本的には行政内部のものとして捉えられてきたことからみても、実質的な意味で法律と言えるかどうか、すなわち法規たる性質を有しているかどうかというレベルの問題ではなく、計画のまさに「計画性」⁽⁵⁾そのものから導かれうる議論であると考えられるのである。

(1) Oesenbühl, DJT-Gutachten, S. B 47. 拙稿・立法学二二号七〇頁註(2)参照。

(2) この点、たとえば西ドイツにおける予算の法的性格については、それが形式的には議会の議決を要する法律であるとされているにもかかわらず、実質的な意味では法律でないとしてされているようである。たとえば、手島孝「財政」(『現代の経済構造と法』現代法学全集52所収)六〇一頁は、「(西ドイツの)標準的コンメンタールによれば、予算は『議会によって議決され政府によって執行される国家指導的行為』であり、その内容は『或る期間についての収入および支出の見積り』であって、全体として『形式的意味における法律』である。『それは実質的意味における法律ではない。』というのは、それは法規にあらざり、また法規の総和にもあらざり、将来の収入・支出の推定をともなったプログラムであるから。それは、国家機関の間にのみ法的関係を創設し、法秩序に服する諸人格に対して権利義務を創設することがない。』こう述べて彼らは、予算の効力として、先ず支出に関する議会から政府への「授權」(Ermächtigung)を挙げ、これとて『法規範ではなく、個別の場合についての議会の処分』に過ぎず、またそこには「義務づけ」(Verpflichtung)は含まれていないとする。さらに収入に関しては「授權」も存在せず、租税その他の収入を課徴する権限と義務は税法その他の法規範によって発生すると説明されている」と言う(傍点原文)。

(3) 顧慮義務(国土整備法五条四項)と適合義務(連邦建設法一条四項)とは、ほぼ同様の趣旨と解されている。すなわち、適合(Anpassen)とは、第一に、建設管理計画が既存の国土整備・地方計画の目標に適合すること、第二に、既存の建設管理計画が新たな、もしくは変更され

た国土整備・地方計画の目標に斉合すること、を意味するとされる。つまり、建設管理計画は、それを実施する場合、既存の国土整備計画だけでなく、国土整備計画が後に変更された場合にも、変更された要件にに応じて個々の建設管理計画を改訂・補足しなければならないのである (Breuer, Die einheitliche raumgestaltende Planung, 1968, S. 221)。他方、顧慮 (Beachten) とは、第一に、国土整備法五条四項に掲げられている機関は、地域にとって重要な計画化および措置を、とくに公共投資について確定された目標に適合させなければならないこと、第二に、この目標の確定前に策定された計画または準備された措置を、目標に適合させるために変更・補足し、または取り消さなければならないことを意味する (Ernst/Hoppe, ÖffBaBoR, Rdn. 73. なお、以上につき、宮田・前掲専修法学論集三〇号七頁以下参照)。なお、州によつてはこれらの義務に関する明確な規定を置いていないところもあるが、かと言ってそれを免れうるわけではない。適合・顧慮義務は、それらの規定の有無にかかわらず、前者については連邦建設法一条四項から、後者については国土整備法五条四項から各々生ずるものという (Erbguth, a. a. O., S. 128 ff.; vgl. Bielenberg, Die rechtliche Bindung der Bauleitplanung an die Ziele der Raumordnung und Landesplanung, DÖV 1969, S. 378 ff., 384)。なお、後述註 (5) 参照。

(4) その代表例が、連邦建設法で自主法規 (Satzung) とされている地区詳細計画に関する議論であることは言うまでもない。その詳細については、拙稿・立教法学二二号五一頁以下および後述六二頁以下参照。

(5) とは言え、ここで「計画性」について筆者が明確な見解を有しているわけではない。しかしながら、現段階では、それを計画の目的プログラム性に求めるのが妥当ではないかと考えている。これを明らかにすることは本稿の直接の課題ではないので、これ以上の言及は控えたいが、先に述べたように (五六頁註 (8))、行為形式としての「行政計画」の独自性を主張する限りは、この問題を避けて通ることは許されないであろう。

二 法規命令

一 次に、法律と同様に法規的性格を有するとされる法規命令の形式を用いる計画について考えてみよう。

法規命令 (Rechtsverordnung) とは、行政機関が法律または条例に基づいて定立し、国民の法的地位に變動を与える法的効力をもつ規範のことを指すが、本稿の直接の考察の対象である国土関連計画には、この形式を用いて⁽¹⁾いる計画を数多く見ることができ⁽²⁾る。

ところで、これらの計画は、法規命令という形式を用いていることの当然の前提として、いずれも明確な法律上の規定に基づくものであるから、⁽³⁾それをいわば形式的意味での法規命令とすることには問題がないと思われる。し

かし、前述の法律形式を用いた計画の場合と同様、実質的な意味でいかなる性質を有するものであるかについては、なお十分には明らかにされていないように思われる。これを、たとえば地方計画の拘束力という点から見れば、市民に対する拘束力の存否もしくはその程度についてはなお若干の考慮が必要ではあるが、自治体に対する関係では、そこに法的な拘束力の一つの態様をみて取ることができるかもしれない。なぜなら、地方計画の存在それ自体によって、下位の計画担当者は上位にある地方計画を考慮して、もしくはその枠内で計画を策定する必要があるからである。しかし、この点は、前項の法律形式を有する計画について述べたように、計画が特定の行為形式（ここでは法規命令）を用いていることの必然的な結果ではなく、その「計画性」それ自体から導かれうる効果であろうと思われる⁽⁵⁾。

また他方で、地方計画については、たとえそれが法規命令の形式を用いていたとしても、内容的には一般・抽象的であることが多いから、他の法主体に対して何ら特定の作為義務を課するものではない、という見解も存しうるであろう。すなわち、そのような計画は、下位の計画がその計画に適合することは義務づけているかもしれないが、個別の場合における形成は下位計画を策定する各法主体の自由に任せているのであるから、それは法規範的な実体を有していないのではないか、という疑問である。しかし、そもそも法規範がその名宛人に対し唯一の行為方法のみを指定するものであるとはいえないし、仮に明確な行為の方法を定めず、いかなる行為を選択するかをその名宛人に委ねているものであったとしても、そのことをもって、それに法規範的な性質を認めることの障害になるものではない。このような意味での計画は、確かに、通常法規命令とされているものと比較するならば、内容的にはかなりの不確定・不明確な部分を残していること否定はできない。しかし、規範がそのように未決定の部分を残しているということは、なにも計画の場合に限られたことではなく、他の多くの法律・法規命令においても見受けられるところであるし、むしろ現実にもその「計画性」を重視するならば、そのような不明確性はある程度は受

忍せざるをえないであろう。つまり、その不明確性は、それをもって法規としての体裁を整えていないと考えるべき性格のものではなく、計画としての性格そのものから生ずる必然的な現象であり、したがってまた、それは法規命令という行為形式と対をなして考えられるべきものとは言えない、と思われるのである。なぜなら、法規命令という行為形式からその規律の態様が論理必然的に類型的に導かれうるとしたら、(少なくとも西ドイツのように行為形式が明示されているところでは) そもそも計画を独自の行政活動として論ずる実益は必ずしも多くないからである。⁽⁶⁾

それはともかく、以上のことから、ここでもしその法規範性に疑問を呈するのであれば、法規命令形式を有する計画の根拠法規がその策定について何らの指示をも与えていないとか、したがってまた、当該計画に関しその策定権者を対外的にも拘束する効力を認めることができない、といった場合に限られるのではないかと思われるのである。しかし、ここでの考察の対象である西ドイツ各州の国土整備計画や地方計画については、それらはいずれも法律上の明確な指示・授權に基づくものであるし、行為形式とその法的効力とが直接に結びつくとは考え難いことはこれまでも述べてきたところであり、更には、その「法規」的性格をいかなる点に求めうるか、すなわちそれを対国民(私人)といういわゆる「外部的効力」としてよいのかという点についても疑問がないわけではないから、右のような視点からの問題設定は、十分な形では成立しえていないように思われるのである。

(1) これについては、平岡久「行政立法」現代行政法大系2(一九八四年)六五頁以下、同『法規』概念について——行政立法・補論』法学雑誌三〇巻三・四号(一九八四年)二八二頁以下参照。

(2) たとえば、代表的な例として、地方計画の領域においては、バイエルン州の地方発展プログラムやバーデン・ヴュルテンベルク州の地方発展計画等をあげることができる。また、都市建設計画の例としては、都市建設促進法(Städtebauförderungsgesetz)による都市建設上の発展地域の確定が州政府の法規命令によるほか、道路建設計画や自然保護地域、空港騒音防止地域の確定なども法規命令の形式で行なわれることが多い。

(3) 平岡・前掲参照。

(4) これまでは「法規」すなわち「国民の権利義務に関する定め」たることをもって法規命令であるとし、あるいはまた、逆に、法規命令の形式を用いていることをもって当然に国民の権利義務に関わるものとしてきたが、法律形式を用いた計画について述べたと同様に、形式と内容および効果とは区別して論ずべきであると考え（もつとも、近年は、ここでの権利義務に関する定めというのは、規範の内容ではなく効力に着目したものと理解されるという有力な見解が主張されている）。なお、平岡・前掲および後述第三章第二節参照。

(5) なお、後述第三章第二節参照。

(6) ただし、筆者が「行政計画」を独自の「行為形式」として位置づけているわけではないことは、後述のとおりである。ここでは、法律上指定されている「行為形式」にいかなる意味が存しているのかを探ることに中心的な課題がある。

二 次に、このような法規命令の形式を用いる計画が、他の法規命令と比較してあまりにも一般・抽象的であり、法規命令の実質的な要素であるところの国民の法的地位に変動を与えうるような法的効力を有しないのではないか⁽¹⁾、ということが問題となる。

そこでまず、国土関連計画について問題となるのは、その名宛人の範囲の一般的性格であろうかと思われる。この計画は、地域的な範囲に関してはある程度特定するが、誰にどのような義務を課するのかといったことについては、ほとんど決定しない。したがって、その意味では、その法規性たる国民の法的地位の変動についてはおろか、その名宛人の問題については一切触れるところがないとみることもできよう。しかし、ある一定の地域が明確にされるということは、とりもなおさず、たとえばそこに含まれている市町村や土地所有者等に対する規律を当然の前提としてみるとみることもまた、不可能ではない⁽²⁾。したがって、確かに、その範囲は計画策定の時点では明確ではないと言うこともできるが、他方で、ある一定の地域的な範囲を念頭に置き、しかもそこでの志向すべき状況が計画によってある程度明確になっていることを考慮するとき、その名宛人の範囲が全く不明確なものであるとは言いきれないように思われる。このことは、とりわけ、計画策定後の当該地域における権利承継人の法的地位の問題を考えるときに考慮しなければならぬ要素であらう⁽³⁾。

次に、計画の抽象的性格についてであるが、この種の計画は、不特定多数の事例に対する規律を含むものであ

り、そのことをもって他の法規命令とは比較にならないほどの抽象性を有しているとみることもできよう。ただ、ここでも、一定地域を念頭に置いたその規定は、後に個々の行為によって具体化されるであろう状況についての法効果を定めたものであると考えられるから、他の法規命令と比べ、ことさら不明確かつ抽象的なものとすることはできない。したがって、内容的な問題についても、他の法規命令との本質的なちがいは存しないと考えられる。しかして、要は国民の権利義務に関係しているかどうか、すなわち、いわゆる「法規」性を有しているかどうかが問題となるが、国民の権利義務に係るかどうかという視点でのみ考えるのであれば、「法規」性を有しないとされる行政規則であっても内容的にはそれを否定することはできないから、⁽⁴⁾ここでの「法規」性は、それとは異なる視点からの考慮が必要となる⁽⁵⁾。

(1) この点に関する筆者の疑問は、後述第三章第二節参照。

(2) Vgl. OVG Bremen, DVBl. 1965, S. 609.

(3) Dazu H.-U. Evers, Das Recht der Raumordnung, 1973, S. 85; R. Breuer, Die hoheitliche raumgestaltende Planung, 1968, S. 55.

(4) これについては、後述第三章第二節第一款参照。

(5) もともと、ここで、このような「国民の権利義務との関わり」といった、いわば計画の内容に関するものを「法規」と称してよいかどうかは、本稿とは直接には関係がない。

三 自主法規

一 計画が自主法規 (Satzung) の形式をとっているものはいくつか存するが、ここでは、その代表例であるところの地区詳細計画 (Bebauungsplan) について検討を加えてみよう。

地区詳細計画の法的性質に関して幾多の論争が繰り返されてきたことは、すでに前章において概観したとおりである。⁽¹⁾すなわち、そこでは地区詳細計画が法規範か行政行為か、更にはそれらとは *aliud* であるのか論じられたのであるが、とりわけ、その議論があたかも国土関連計画の全てに共通するものであるかのごとく行なわれたこと

に、その特徴を見ることが出来る。それはともかく、ここでは連邦建設法自体が地区詳細計画の行為形式について明確な規定を置いておくことにも注意する必要がある。つまり、この規定によって、従来の議論は、少なくとも行為形式という側面からは、その意義を失ったとも考えられるからである。⁽²⁾

そこで、連邦建設法一〇条をみると、「市町村は、地区詳細計画を自主法規として決定する⁽³⁾」と規定してはいるものの、その実質的な性質については何ら述べるところがない⁽⁴⁾。その理由を探ることはさほど重要とは思われないが、この法律の各規定の趣旨から判断するならば、少なくとも、その実質的・法的な性格づけが市町村の自由な形成の余地を狭めてしまうことになるという意図が、そこに働いているものと考えられる⁽⁵⁾。それはともかく、右規定のようないわば形式的な規律の仕方は、それを争う場合の法的手段を明確にしうるという意味では重要である⁽⁶⁾。現に、訴訟法上も、地区詳細計画を争う場合には取消訴訟によってではなく、規範統制手続（Normenkontrollverfahren）によってのみ可能であるとされており⁽⁷⁾、したがって、地区詳細計画については、少なくとも訴訟法上の権利保護の手段との関連では、右規定に反する主張をする実益は失われたとされているのである⁽⁸⁾。

しかし、問題はまさに、このように訴訟法上の権利保護との関連でのみ計画の問題を論ずることの是非にある。換言するならば、地区詳細計画が自主法規という形式を用いることが訴訟法上の問題の解決にのみ役立つものであるのか、もしそうであるなら、多くの行為可能性の中から自主法規という形式を選んだ意味はどこにあるのか、という、自主法規という形式を用いたことそれ自体に対する評価が、右には何ら示されていないことになる。更に、右の問題はあくまでも訴訟法上の要件にのみ関わるものであって、その中味であるところの統制のあり方については何ら解決されていないとも言える。しかし、学説・判例上、この点が全く捨象されているわけではない。そのことは、連邦建設法によって地区詳細計画の行為形式が明確に規定されたにもかかわらず、それをめぐってなおも議論が展開されていることにも示されている⁽⁹⁾。

(1) 立教法学二二号五一頁以下。

(2) 二二での「行為形式」が何を意味するかについては、後述第三章第二節第二款参照。

(3) このような規定の仕方に批判的なものとして、R. Bartsperger, Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl. 1967, S. 360 ff., 362.

(4) 地区詳細計画の性質をどのようなものとして捉えるかについては、近年の教科書においても見解が分かれている。たとえば、法規範として捉えるものとしては、K. Obermayer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1975, S. 221, 269; K.H. Friauf, Baurecht und Raumordnung, in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1976, S. 431; Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Rdn. 31 b zu § 40. また、sui generis な法制度と捉えるものとして、E. Forsthoef, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., S. 310 ff.; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 47 IX d 1. 詳細は、拙稿・立教法学二二号五十七頁以下参照。

(5) Vgl. W. Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, 1959, S. 34, 37; A. v. Mutius, Rechtsnorm und Verwaltungsakt, FS für H.J. Wolff, 1973, S. 167 ff., 177.

(6) Brohm, a. a. O., S. 35; OVG Münster, DVBl. 1968, S. 529 f.; OVG Lüneburg, DÖV 1971, S. 495. ただ、これら、それを争う場合の、法的手段、を明確にしうるという意味で重要なものであって、国民がそれを争いうるかどうか、その利益があるかどうかというものは別の問題であることは後述のとおりである。後述第三章第二節第二款参照。

(7) 地区詳細計画の裁判上の審査について、詳しくは、Bartsperger, a. a. O., S. 362 ff.; Friauf, a. a. O., S. 465 f.

(8) Ernst/Hoppe, ÖffBauplG, 1978, S. 114.

(9) 第一章第一節(立教法学二二号五一頁以下)参照。

二 さて、右のように、地区詳細計画が法律上自主法規であると明確に規定されたことによって、少なくともそれに反するような見解を主張する実益はなくなったと言える。しかし、法律による定式化がここではたしていかなる意味を有するかについては、更に検討を要するように思われる。すなわち、地区詳細計画の法形式に着目する限りでは、確かに問題は解決されたとみることができようが、⁽¹⁾ 他方、その内容に目を向けるときには、議論の余地がなく⁽²⁾ なくなったとは必ずしも言い切れないからである。地区詳細計画の法的性質については、すでに概観したように、一般抽象的か個別具体的かによって法規範か個別行為かを区別してきた。しかし、それが、そのような区別に一義

的にあてはまるものでないこともまた、そこで確認されたことであつた。⁽³⁾その議論については繰り返さないが、地区詳細計画の法的性質を考えるうえで極めて興味深い判決が存するので、ここでは、それとの関連で問題を検討してみよう。すなわち、連邦行政裁判所一九七六年一月三〇日判決は、次のように述べている。⁽⁴⁾

「建設法上の計画（Plan）と建設法上の規定（Vorschrift）とは、計画がその規律を具体的・個別的に、そして同時に、いわば具体的な事実状態をにらみながら（im Angesicht der konkreten Sachlage）行なうものであるのに対して、規定は抽象的・一般的な規律を行なうという点において、明らかに異なっている。（中略）そこに存する違いは、もちろん絶対的なものではない。すなわち、それは、建設法上の規定が多かれ少なかれ抽象的・一般的であり、建設法上の計画は多かれ少なかれ具体的・個別的である、ということであるからである。

（中略）建設法上の規定も、時には——他の法領域での規定同様——ほとんど具体的で個別的な内容について確定するし、他方、『具体的事例』からはずれるような計画確定もしばしば存する。」（傍点筆者）

以上のことから、判決は、建設法上の計画と規定との境界が流動的であることを認めているのであるが、同時に、地区詳細計画については、それが具体的・個別的なものでなければならぬことに固執しているのである。すなわち、まず第一に、連邦建設法上、都市建設上の発展を計画によって指導する義務が明示されていること（一条一項）、そして第二に、個々の領域の具体的状況に応じた比較衡量の要請（Abwägungsgebot）が存すること（一条七項）がその理由であるという。

さて、この判決において注目されるのは、計画による規律が「具体的な事実状態をにらみながら」行なわれる、という点であるが、そのことは、すなわち、地区詳細計画をその形式においてではなく、その内容において判断するならば、それは必ずしも従来から言われてきたような意味での法規範とは捉えることができない、ということでもある。このように、しかもこの判決に限らず、連邦建設法が施行された直後から、地区詳細計画を自主法規とし

て発布することに対しては、それは立法者が法形式を誤ったもの (Mißbrauch) であるという見解が多数示されており、⁽⁵⁾それが自主法規であることにより訴訟法上の問題をはじめとして一連の実践的機能を果たしていることの評価とは別に、法形式と法的性質との関係について、新たな問題を提起することになったのである。

計画の法的性質についての議論が裁判上の権利保護との関連でのみ論じられてきたことは、すでに前章で指摘したとおりである。もともと、それには十分な理由があつてのことで、すなわち、一部の州では地区詳細計画に対する規範統制を認めず、また一部の州ではその扱いさえもはっきりしていなかったためである。⁽⁶⁾その結果、それらの州では、地区詳細計画そのものを裁判所で争うことができず、単にその計画に基づいて行なわれた行政庁の措置に対する訴訟で、いわば付随的な形で審査されるにとどまっていたのであつた。しかし、連邦建設法およびその後の行政裁判所法の改正により、地区詳細計画がすべて規範統制手続で審査されることになったため、そのような意味での権利保護の問題 (すなわち権利保護の可能性の問題) は、一応解決したとみることができるとは。したがって、それに続く段階として、裁判所が地区詳細計画の内容に対して目を向け、その実体的審査のあり方を論じるようになったのも、必然的な傾向であつたと言いうる。

このようにして、判例は、地区詳細計画が規範的要素と個別行為的要素とを含んだ混合的性格 (Mischcharakter) を有しているという判断に至るのであるが、その場合には、更に、具体的に問題となる法的効果が、規定もしくは個別行為と捉える場合よりも適切に捉えうるのかどうか、新たに論じられねばならないであろう。それはともかく、ここでは、(とりあえず地区詳細計画の問題に限定するが) 計画の法形式とその法的性質の問題とが、明らかに異なる次元のものとして論じられていることに注目しておきたい。

(1) もともと、この場合でも、法形式が自主法規であることと、それが「計画」であることが、いかなる関係にあるのかについては、別途検討が必要であるのは言うまでもない。

- (2) 第一章第一節（立教法学二二号五一頁以下）参照。
- (3) 第一章第一節三（立教法学二二号六二頁以下）参照。
- (4) BVerGE 50, 114.
- (5) Vgl. U. Battis, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 1981, S. 48.
- (6) Vgl. D.C. Umbach, Anmerkung zu BVerfG (BVerGE 31, 364), DVBl. 1971, S. 741 ff., 744.

第二節 行政指針

一 これまでに考察の対象とされてきたものは、法律にしる法規命令にしる、更には自主法規にしても、いずれもいわゆる外部法領域に対してなにかの拘束性を有するとされる計画であった。もし、それらの諸計画間に違いを見い出すとすれば、それはおそらくその名宛人の範囲に関してであろうと思われるが、それはともかく、「法形式」すなわち計画の発布形式について、それを法律上何らかの指示のあるものという側面からみるならば、本稿における議論は以上の計画を対象とすることをもって必要かつ十分であるとも言いうる。

しかしながら、他のさまざまな問題との関連において計画の行為形式を論じようとするときには、それだけでは不十分である。すなわち、法律上その形式について何らの定めのないもの、とりわけ行政内部のものとして策定される計画を捨象して議論することはできず、むしろ、数量的にはこれらの計画の方がはるかに多いし、更には、現在の行政法学を混乱に陥入れている要因の一つも、これらの計画が現実の行政において重要性を増しているからに他ならないと考えられるからである。⁽¹⁾

このような計画（以下「指針的計画」⁽²⁾という）は、一般には、市民の権利義務に対して何らの法的効力をも及ぼさず、単に計画担当者に対しその活動を目的に向けて調整しうるような手法を与えることにその目的があるにすぎない、とされている。すなわち、ここでは、指針的計画は国家活動の基本的な方針を定めたものにすぎないと考え

られているのである。したがって、この計画に定められた事項を考慮して活動すべき義務を負うのは国家機関であり、市民がその計画によって影響を受けるとすれば、それは、少なくとも従来の法理論からすれば、その計画に基づいて各種の法行為が行なわれてからのことである、ということになる。しかし他方で、確かに何らかの法行為の媒介を必要とするものの、他の行為形式による計画とは異なった意味での固有の外部効力を有していることは、指針的計画を考察するうえで見逃してはならない問題であろうし、この種の計画が行政法上積極的に論じられるのも、まさにこのゆえにであろうと思われるのである。そこで以下では、指針的計画と呼ばれるものについて順次検討を加えていくことにしよう。

(1) とりわけ、わが国においては、計画の行為形式を法律上指示していないことが多いので、このような計画を扱うことにはより大きな意義が存していると言いうる。したがってまた、形式の指定が存しないからこそ、形式それ自体の問題とその内容(効力)の問題とが混同して論じられてきたとも言える。この点については、近年、塩野宏「行政過程総説」現代行政法大系2(一九八四年)が「行政過程と行為形式」という項目の下にいくつかの指摘を行なっている。それについては十分な検討ができなかったが、本稿との関連においても重要であると思われるので参照されたい。

(2) 「指針的計画」については、必ずしも統一的な定義づけがなされているわけではないが、一般には、「国または地方公共団体の行政機関が、政治および行政の領域において、将来の発展を予測し社会形成を操作しようとする計画で、命令的性質をもたず、指示的および誘導的性質をもち、直接国民や住民の権利義務に関係するものでない行政計画」ということができよう。以上につき、塩野宏「国土開発」(『未来社会と法』現代法学全集54「一九七六年」所収)一六二頁、宮田三郎『行政計画法』現代行政法学全集4(一九八四年)二七頁参照。ただ、「国民の権利義務」との関係が「行為形式」の観点から直ちに生ずるものであるのか、生ずるとしてもいかなる意味においてか、については、なお検討を要するに思われる。これについては、後述第三章第二節参照。

二 指針的計画(Richtlinienplan)に共通している特徴は、個別行為でも法規範でもなく、その名の示すとおり「指針」(Richtlinien)的な性質を有するとされていることである。⁽¹⁾したがって、一般には、いわゆる行政規則(Verwaltungsvorschrift)という形式を用いるものが、ここでの考察の対象となる。⁽²⁾

ところで、行政規則は、その規律の内容に応じて、行政組織に関する定め(組織規定)と、法律や法規命令等を

実施・執行するための基準とに分けることができようが、指針的計画は、行政機関の組織およびその構造・権限の
 みをその内容としているわけではないから、右の意味での組織規定にとどまるわけではないことは明らかであろう
 と思われる。それに対して、実施・執行の基準としての行政規則は、行政の活動に関する基本的な方針であり、こ
 のような意味では、ここで論じられる指針的計画と共通のものが存していると言いうるかもしれない⁽³⁾。ただ、指針
 的計画は、通常、将来における望ましい状態の形成ということとその内容に含んでいる点において、右のような意
 味での行政規則と区別されることがある。とは言え、それはあくまでも行政規則をいかなるものとして捉えるかと
 いうことに関わるものであるから、そのことをもって、指針的計画を行政規則として分類することはできない、と
 いう結論を導き出すことはできない。むしろ、ここで論ずべき問題は、行政規則であれ他の形式であれ、指針的計
 画を一定の行為形式へと位置づけることによって、その特徴を適確に捉えることができるのかどうか、とりわけ伝
 統的な行為類型の中に十分な形で位置づけうるのかどうか、という点にある⁽⁴⁾。

ところで、オッセンビュール⁽⁵⁾によれば、行政規則には法律から独立した行政規則（gesetzesunabhängige Verwal-
 tungsvorschrift）と法律に付随した行政規則（gesetzesakzessorische Verwaltungsvorschrift）とがあり、後者は、更
 に、規範解釈・規範具体化指針⁽⁶⁾（norminterpretierende und -konkretisierende Richtlinien）と裁量・判断指針⁽⁷⁾（Ermes-
 sens- und Beurteilungsrichtlinien）とに分類しうる⁽⁸⁾。そこで、この分類に従って考えてみると、指針的計画は、それ
 が法規命令などとは異なって法律上の基礎を有していないという点からみるならば、右にいう法律から独立した行
 政規則であると言うこともできようし、他方、それを広範に設定された法律上の目標もしくは基本的な決定を具体
 化するものという面からみるならば、それは右の規範解釈・規範具体化指針として捉えることも可能であろうと思
 われる。ただ、計画（Plan）は、それ自体が計画策定者の裁量活動の結果という意味をも有しているから、その限
 りでは、指針的計画は裁量・判断指針としての性格は有していないとも考えられる。もっとも、たとえばこれを下

位の計画化との関連でみるならば、下位の計画は上位の計画に適合しなければならないという、いわゆる適合義務が存するから、その場合には、その適合の対象たる上位の計画を、裁量行使のための基本的な指針と捉えることもできるであろう。しかし、それとて計画に関する基本的な定めである国土整備法や地方計画法との関連ではその具体化にすぎず、そこでの適合の関係も規範の解釈というカテゴリーで捉えてもさほど問題とはならないように思われる。⁽⁹⁾

(1) 「指針的」な形式を用いている計画は枚挙にいとまがないが、国土関連計画の中から代表的なものを例示するならば、一九七五年四月二三日に連邦政府の決議によって成立した連邦国土整備プログラム (Bundesraumordnungsprogramm) (dazu vgl. U. Battis, Rechtsfragen zum Bundesraumordnungsprogramm, JZ 1976, S. 73 ff.; R. Buchsbaum, Das Bundesraumordnungsprogramm und seine Verbindlichkeit, DÖV 1975, S. 545 ff.) および各州の発展計画等をあげることが出来る。Z.B., Landesentwicklungsprogramm Rheinland-Pfalz (§ 11 Abs. 1 LPlG Rh.-Pf.); Landesraumordnungsplan Schleswig-Holstein (§ 7 Abs. 1 u. 2 LPlG SH); Landesentwicklungspläne in Nordrhein-Westfalen (§ 13 Abs. 2 LPlG NW); Hessische Landesentwicklungsplan (§ 3 Abs. 1 LPlG Hessen); Teil II des Landesraumordnungsprogramms Niedersachsen (§ 5 Abs. 5 NROG); Landesentwicklungsprogramm und Landesentwicklungspläne im Saarland (§ 7 LPlG Saar). もともと、これらの計画については、その性質に関して統一した見解が存するわけではなく、もともと政府もしくは行政機関の決定によって策定されているという分類であるにすぎず、むしろその内容は拘束的であると言われる。

これに対して、地域計画 (Regionalplan) については、それが指針的であるという点には異論がなくともなる。Vgl. Art. 18 LPlG Bay; § 15 LPlG NW; §§ 6, 7 LPlG Hessen; § 13 LPlG Rh.-Pf.; § 7 LPlG SH. もともと、バーデン・ヴュルテンベルク州とニーダーザクセン州は例外で、そのでの地域計画は自主法規の形式で策定される。その他、指針的形式としては、バーデン・ヴュルテンベルク州とシュレースヴィヒ・ホルシュタイン州の郡発展計画 (Kreisentwicklungsplan) (vgl. E. Pappermann, Zur Problematik der Kreisentwicklungsplanung, DÖV 1973, S. 505 ff.; F. Rietdorf, Kreisentwicklungsplanung in Nordrhein-Westfalen, DÖV 1975, S. 191 ff.; E. Schmidt-Abmann, Der Ausbau der Kreisplanung in Stufen, DVBl. 1975, S. 4 ff.)、都市建設上の発展計画 (vgl. P. Badura, Entwicklungsplanung und gemeindliche Selbstverwaltung, FS für W. Weber, 1974, S. 911 ff.; U. Battis, Stadtentwicklungsplanung im Rechtssystem, DVBl. 1976, S. 144 ff.) および連邦建設法第五条の市町村の土地利用計画 (Flächennutzungsplan) などである。

(2) もっとも、「指針的計画」といわれるものと「行政規則」とを同一のものとして扱ってよいかどうかについては、更に検討を必要とする。たとえば、宮田・前掲書は、「策定された計画が、法律、命令および条例、さらに行政処分および行政契約という形式をとらない場合には、それが行政規則に類似しているため、それらを指針的計画という集合的名称で呼ぶのである」(二八頁)としたうえで、「しかし、指針的計画を、行政内部的効果を有する行政規則、したがって単に行政機関を拘束する行政規則であると解するときは、指針的な全国計画の地方公共団体に對する關係について、法的に困難な問題が生じる。行政規則の拘束力は地方公共団体には法的に届かないからである」(二九頁)として兩者の同一視に疑問を呈し、結論として「指針的計画は、行政規則に組み入れ切れないものをもっている」(三〇頁)とする。

この問題は、結局、行政規則をいかなるものとして捉えるかということに深く関わっていると思われるし、更に、右との関連では地方公共団体の位置づけも問題となろう。ここではこれ以上立ち入ることができないので、とりあえずは右の「集合的名称」といった程度で用いておくことにする。

(3) ただ、後に述べるように(第三章第二節)、このような論じ方が適切かどうかには問題がある。

(4) もっとも、これは、伝統的な行為類型に組み入れることによってはその特徴を十分には捉えられないということを必ずしも意味するものではなく、むしろ、問題は、後述のごとく、行為類型の分類の基準それ自体にあると考えられる。

(5) F. Osenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 250 ff., 282 ff.

(6) Ebenda, S. 283 ff., 349 ff.

(7) Ebenda, S. 311 ff., 328 ff.

(8) 以上につき、平岡久「行政規則の法的拘束性(Ⅰ)」法学雑誌二六卷三・四号(一九八〇年)九三頁以下参照。

(9) しかし、適合等の問題は、すでに述べたように、それが計画の場合にはたして行為形式や法的性質と直接に結びつけて考えうるものなのか、疑問がないとは言えないし、むしろ、計画がいかなる行為形式をとり、いかなる性質を有していようと、計画であることそれ自体から適合等の問題が生じてくるとも考えられる。したがって、問題はむしろ、右のような「計画性」がいわゆる「計画」もしくは「計画化」というものに限定されるものなのか、それとも他の行政諸活動にも多少なりとも生じうるのか、という点にある。なお、現代行政法の特徴を「計画法」であるとする考え方は、右後者に近い考え方であると思われる。この点については、たとえば、遠藤博也『計画行政法』(一九七六年)など参照。

三 指針的計画は、それを行政規則というメルクマールの中で考えたとすれば、ほぼ右のように理解しうるのではないかと考えられるし、その限りでは、そのシステムの中に位置づけることも可能であろうと思われる。しかし、それは行政規則という形式から計画を眺めた場合のことであって、指針的計画ひいては計画全体の独自の特性

を十分に捉えているとは必ずしも言いえない⁽¹⁾。したがって、仮に指針的計画を行政規則の類型に組み入れることが原則として可能であるとしても、その独自性がいかなるものであるかの考慮が、更に必要となる。

そこでまず、行政規則という類型の性質の中で従来から最も重要なものとされてきたものを考えてみると、それは、いわゆる外部法領域に対して直接の法効果を有しないということであったと思う。ところが、実際には、行政規則が右のような意味で「法規」⁽²⁾としての性質を有しないにもかかわらず、それは「規範」(Norm)もしくは「行政立法」とみなされ、分類されてきた。そして、このような理解に従って、指針的計画もまた規範—個別行為の図式 (Norm-Einzelakt-Schema) の中で捉えられてきたし、その図式の中に十分に組み入れうるものと考えられてきた。しかし、それは本来、法的には *aliud* であつたはずである。すなわち、従来の理論からすれば、それが行政規則である以上、高権的な組織領域の外部にある法主体の権利義務には法的には何らの影響をも及ぼさないと考えざるであるからである。

それはともかく、指針的計画は、市民に対しても、更には自治体等に対しても、何らの法的な拘束力をも及ぼさず、その法的効力は行政内部領域においてのみ生ずるとされ、したがって、その形式と実体法上の効力との間に相違・矛盾は存しないとされてきた。

たとえば、連邦国土整備プログラム (Bundesraumordnungsprogramm) は、市民のみではなく州や市町村をも拘束しないとされているし、更には連邦レベルでさえも絶対的な拘束力は有しないものと理解されている⁽³⁾。そして、このことは、右のような上位のレベルの計画にとどまらず、自治体の土地利用計画 (Flächennutzungsplan) 等についてもあてはまるものとされ、いずれも当該計画担当者の法領域をこえて影響力を及ぼすことはないと考えられているのである⁽⁴⁾。しかし、確かに、このように捉えてもあながち不当とは思えないものを含んでいるのではあるが、他方で、指針的計画とされているものの全てが右のように理解されうるものではないし、またそのように理解され

てはいないことも、併せて指摘しておくことが必要であろう。すなわち、地方計画（Landesplanung）がその例である。

地方計画は、確かに、私的法主体（私人）を直接に拘束するものではない。そして、そのような側面を捉えて計画の「法的性質」を考えることも、少なくともこれまでは十分に意味のあることであつた。しかし、他方で、それが下位の計画担当者とりわけ自治体等の独自の法主体を拘束するものであることも見逃がしてはならない。すなわち、いわゆる顧慮義務（Beachtungspflicht）や適合義務（Anpassungspflicht）が存在することによって、その効力は行政内部領域に限らないものとなっているからである。⁽⁵⁾ そうすると、これはもはや、従来論じられてきた意味での行政規則であると単純に分類することはできなくなるし、⁽⁶⁾ そこには法規範に類似した性質を見い出すこともできる。そこで、ここで再び、行政の指針という形式が、この種の計画の形式としてはたして適切なのだろうか問題となってくるのである。

（１） 宮田・前掲書二七頁以下の指摘は、おそらくこのような視点からのものであらうと思われる。

（２） この概念については、後述第三章第二節参照。

（３） H.-U. Evers, Das Recht der Raumordnung, S. 104 f.; Ernst/Hoppe, ÖffBaBoR, S. 44; vgl. Buchsbaum, a. a. O., S. 551.
 また E. Schmidt-Abmann, Rechtsstaatliche Anforderungen an Regionalpläne, DÖV 1981, S. 237 ff., 238 は「計画のいわゆる市民指向性（Bürgergerichtigkeit）について」「地方計画は、近年、それが市民と国家との関係については間接的な外部効果しか有しないという古典的な論理を不明瞭なものとする法律上の指定技術へと、次第に吸い込まれている。国土整備および地方計画の目標（Ziele der Raumordnung und Landesplanung）は、もはや、国土整備法五条四項に従い、行政担当者に対してのみ拘束的であるのではなく、適合義務（§1 Abs. 4 BBauG）の強化により、たとえば地区詳細計画におけるように、個々人についてもまた具体的であり、攻撃しうるものである。とりわけ、特殊な国土整備条項に関する地方計画上の目標は、補助金の交付および建築許可の過程へも次第に影響を与えはじめており、つまりは国家—市民の関係へ直接作用しはじめていのである」と述べ、計画が行政内部の作用にとどまらないものであることを指摘している。

この問題は、近年、とりわけ計画の目標拘束性もしくは目標関連性の問題として論じられることがあり、本稿との関連においても重要である。

る。それについてここでこれ以上立ち入ることは控えておきたいが、以下の点のみを指摘しておこう。すなわち、まず、計画過程が最上位の目標の拘束の下にあるということは、(理論的にはかなりの検討の余地はあるが) 目標が法律上何らかの形で示されれば、その後の一連の計画過程は全体として法的に拘束されているとみなされることを意味する。それは、最上位の目標との関連で、下位の計画化および措置が何らかの形で全て法的に捉えられうるということでもある。たとえば、後にも問題となるが(第三章第二節)、計画が行政規則として発布されるときでも、それは法律が「法規」制定につき明確な授權をしていないなどの理由により単に発布の形式が行政規則であるということにすぎず、内容的にはより上位の目標に拘束されているとみなさざるをえないのである。このような基本的視点に立ち、この考え方は計画過程への住民参加等の問題に対しても有効な示唆を与えうるとされている。なお、この問題が、本稿第一章第三節で論じた計画の「枠組的性格」と密接に関連することは言うまでもない。拙稿・立教法学二二号九〇頁以下およびそこに掲げた文献を参照のこと。

(4) Vgl. K. Obermayer, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL 18 (1960), S. 144 ff., 159; Badura, a. a. O., S. 923 f.; Batis, a. a. O., S. 149.

(5) 前註③のシュミット＝アスマンの見解、および Breuer, a. a. O., S. 224 ff.

(6) 宮田・前掲書二九頁以下参照。

四 さて、右にみてきたように若干の重要な例外は存するが、指針的計画は、一般には、重大な事実上の影響力をこえて問題とされるような外部的効力は有していないと考えられている。そして、このことは、計画のフレキシブルな性格を強調するうえでも重要な意味を有していると思われるのである。すなわち、そのことによって、計画は、将来の発展について明確な定めを置かず、計画担当者も容易にそれを変更しうる状態にあるからである。これは、これまで述べてきた法規範形式を用いた計画が、その形式ゆえに外部に対する影響力を有し、したがってまた、その影響を受ける第三者の法的権利を基礎づけるとされるがゆえに、容易に変更できないものになっているの⁽¹⁾と比べ、指針的計画の大きな特徴であると言いうるのである。

しかし、もしそうであるとしたら、行政法学上の最大の関心事である法的救済との関連で言えば、指針的計画は市民には全く関係しないから、それによって生じた損害等についても法的には全く争いえないということになるのであるか。確かに、右に述べたように、指針的計画は一般的には外部的な効力を有しない。しかし、そのこと

は、指針的計画がいわゆる外部法領域において何らの意味をも有しないもので、そこから生ずる影響も何ら取るに足らないものである、ということの意味するものでは必ずしもないと思われるのである。それを判断するのは、おそらく計画の公表の有無と関わってくると思われるが、計画がどのような形であるにせよ公表されている場合には、それに合わせて市民が行動をおこすだけでなく、逆に計画そのものが当初から市民に向けられるべき性格のものとして策定されていることが多い。つまり、市民が自ら主体的に計画に合わせて行動するということのほかに、必然的にそれに従わざるをえないという状況がここには存しているのである。したがって、このような段階以降に計画変更があれば、当然計画保障の問題が生ずることにもなる⁽³⁾。

また、指針的計画に対する司法審査の問題については、これまで繰返し述べてきたように、それは、少なくともその発布の形式の側面から捉える限りでは、市民に対して何らの影響をも及ぼさないとも言いうるから、それに対する司法審査が排除されることになってもやむをえない。しかし、このことは、別の側面から捉えるならば、その形式と実体法上の性質とが一致しない、いわゆる形式の誤用（Formenmißbrauch）の場合や、更には権利保護を制限するために恣意的に指針としての形式を用いたような場合には、必然的にそれに対してさまざまな批判が加えられることになる、ということでもある⁽⁴⁾。したがって、逆に、それが形式の上においてのみではなく、実体法上も内部的な拘束性しか有しないようなときには、そこにたとえ何らかの権利保護の制限が存在していたとしても、一定の限度においては致し方がないとも言いうる。というよりも、この場合にはむしろ、市民は当該計画とはそもそも何らの関わりをも有していないのであり、権利侵害も存在していない。しかし、まさにそれゆえにこそ、当該指針的計画の形式それ自体がはたして適切であるのかどうか、その実体法上の効力との関連で論じられねばならないとも言いうるのである。しかし、そのためにはまず何よりも、ここでいう「形式」や「性質」がどのような意味で用いられ、各々がそれ自体としてどのような法的役割を有しているのか、更には、全体としての法制度の中にあっ

て、各々がどのように位置づけられ、相互にどのように関連づけられるかが検討されねばならない。⁽⁵⁾

- (1) 指針的計画の基本的特徴については、宮田・前掲書三〇頁以下参照。
- (2) 市民が当該計画を何ら知らないような状況にあるならば、法的にのみではなく、事実上もそれほど重大な問題は生じないように思われる。ただし、もちろん抜打的な行為が許されるわけではない。
- (3) 計画保障の問題については、W. v. Simson, Planänderung als Rechtsproblem, in: Planung I, 1965, S. 405 ff.; K. Redeker, Von der Nachbarlage zum Planbefolgungsanspruch (Planbewährleistungsanspruch), DVBl. 1968, S. 7 ff.; M. Kriele, Planbewährleistungsansprüche? DÖV 1967, S. 531 ff.; W. Hoppe, Nachbarlage — Planbewährleistungsanspruch — Planbefolgungsanspruch, DVBl. 1967, S. 246 ff.; J. Burmeister, Zur Staatshaftung für Planschäden der Wirtschaft, Die Verwaltung 2 (1969), S. 21 ff.; M. Oldiges, Grundlagen eines Planbewährleistungsrechts, 1970; J. Egerer, Der Planbewährleistungsanspruch, 1971; W. Thiele, Zur Problematik des Planbewährleistungsanspruchs, DÖV 1980, S. 115. 手島孝「計画担保責任論(上)」ジュリスミタ三七号一〇七頁以下、六三九号一二二頁以下、六四〇号一一四頁以下、六四一号一〇一頁以下、六四三号一二二頁以下(一九七七年)、乙部哲郎「国家計画の変更と信頼保護」神戸学院法学六卷三号(一九七六年)一頁以下、保木本一郎「行政活動の変更と補償」現代行政法大系6(一九八三年)二二四頁以下参照。
- (4) 以上については、Ossenbühl, DJT-Gutachten, S. B 164 f. 180 ff. が詳しい。
- (5) 後述第三章第二節参照。

第三章 計画上の諸問題と「行為形式論」

第一節 計画の法形式と計画上の諸問題との関係

前章においては、現実の計画がいかなる行為形式で策定されているか(法律上いかなる行為形式で策定すべきことが要求されているか)を、そこで議論されているさまざまな問題点をも含めながら概観し、計画の法形式の意味について考えてきた。そして、そこで多少なりとも明らかにされたように、法律上指示されている行為形式が、その計画にとってふさわしいものであるのかどうか疑問の余地がないとは、必ずしも言えない。そのことは、

とりわけ、本稿における中心的関心事である「行為形式」と「法的性質」との関係を考えるうえにおいては無視できないものであること、そして、それが私人の権利保護をはじめとする行政法学上の諸問題に対してもなにがしかの影響を及ぼしうるものであることが、一部明らかにされたように思う。しかし、法律による計画の行為形式の指定を「計画にふさわしい形式に関する問題ではなく、望ましい法的効果に関する問題である」⁽¹⁾としただけでは、物事の解決にはいまだ十分とは言えないのであって、各々の問題領域ごとに、法形式との関連をいま少し検討しておくことが必要であろう。⁽²⁾

(1) Ossenbühl, DJT-Gutachten, S. B. 47. 本稿第一章第二節一註④（立教法学二二号七〇頁）参照。

(2) 計画の法形式と密接な関係を有しているものとして、本文で以下にとりあげるもののほか、計画化に際しての連邦と州との協力関係に関するものがある（なお、この問題を考えるためには、連邦制をはじめとする諸制度の検討が必要であることは言うまでもない。Vgl. z. B., U. Scheuner, Wandlungen im Föderalismus der Bundesrepublik, DÖV 1966, S. 513 ff.; G. Konow, Kooperativer Föderalismus und Gemeinschaftsaufgaben, DÖV 1966, S. 368 ff.; W. Patzig, Der kooperative Föderalismus, DVBl. 1966, S. 389 ff.; H. Liebrecht, Der kooperative Föderalismus, DVBl. 1967, S. 72 ff.; W. Leisner, Föderalismus als kooperativer Dialog, ZRP 1969, S. 14 ff.; R. Gross, Kooperativer Föderalismus und Grundgesetz, DVBl. 1969, S. 93 ff., S. 125 ff.; F. Klein, Die Regelung der Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern im Grundgesetz, Der Staat 1972, S. 289 ff., 310; G. Kisker, Kooperation zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, DÖV 1977, S. 689 ff.）。そして、連邦の計画化に対して州が協力する場合とその逆の場合とが考えられるが、前者の場合、その計画の行為形式が法律であるか、あるいは法規命令、指針的形式であるかによって、州の関与・協力のあり方が多少異なってくるように思われる。すなわち、まず、計画が法律形式で策定されるときには、その権限は連邦議会に付与されていることになるが、連邦議会が州に対して協力を要請したようなときにはそのことを通じて計画の実現に関与しうるとされているし、法規命令の場合についてもほぼ同様に考えられているようである。これに対して、指針的計画の場合には多少事情が異なる。指針的計画は政府および行政の権限に属するものであるから、連邦議会がその策定に直接関与しえないことは明白であるが、州の関与についても直接の影響力は法的には存しない。連邦レベルでの指針的計画は、少なくともその法形式のうえからは、連邦のレベルをこえて他に作用することはないし、したがってまた州を拘束することは（法形式論上は）ありえないことであるから、逆に州がその策定に対して関与する必然的な理由も存しないと言いうるであろう。ただ、これまでも述べてきたように、指針的計画の（現実の）影響力を考えるとときには、その策定が他のいかなる者の関与をも排して行政内部で自由に行なわれてよいものかどうか、問題がないわけではない。したがって、ここでも

そのような疑問をいかにして解決していくかが重要な課題とならざるをえないのであるが、その場合に考えうる一つの方法は、やはりこれも繰返し述べるように、それを「計画法」に固有の性質から導かれうる問題として処理するのが適當であろうかと思われる。計画は、法的にはともかく、現実には多種多様な計画が互いに絡み合い、かつ相互に影響し合っている。たとえば、連邦を縦貫するようなアウト・パーンの建設などは、それを連邦が計画するかどうかによって州の道路建設（計画）にも重大な影響を及ぼすし、他の分野の場合でも事情は同様である。このような場合、それが指針的性質のものであるときは、事実上はともかく、法的には連邦の計画の優位性が必然的な形で導かれうるわけではないから、双方の計画を両者の緊密な調整等によって矛盾なく体系づけることが必要となるが、そのためには、とりもなおさず連邦の計画化に対する初期の段階での州の関与が要求されてくるのである。計画化に際しては、今日、連邦と州とが互いに全く独自に政策を立案し計画化することは現実には不可能であり、両者の協働は不可欠のものと言いうるであろう。

ただ、この場合に、このような協働関係の必要不可欠性を、指針的計画という行為形式との関係で法的にどのようなに捉えたらよいか問題となろう。おそらく、それは法的には連邦制や地方自治の保障などの観点から論じられることになろうが、いずれにしても、それらは計画の法形式とは直ちには結びつかない議論であるように思われる。

第一款 計画手続

計画の法形式との関連では、まず、計画化の手続の問題を考えてみる必要がある。少なくともこれまでの行政法学は、各々の高権的行為に、ある一定の手続的メルクマールを付与し、それに従うことをもってその行為の適法性判断の基準としてきた。しかし、その場合、その法形式が手続の本質的なものを決定することはあっても手続が形式を決定するわけではないし、ましてや、その手続によって当該高権的行為の実体法上の性質までも説明しうるわけではない。すなわち、たとえば計画が官報等に掲載されたとしても、そのことをもってある一定の性質が導かれうるわけではないからである。計画の策定手続は、その意味では、計画の形式や実体法上の性格づけとはそれほど密接には関連しておらず、むしろ、形式それ自体は（立法者をも含めた）計画担当者の意図に左右されるものであるし、また、実体法上いかなる性質を有するかという評価は、計画内容の具体的な分析に委ねられることにならざるをえないとも思われるのである。⁽¹⁾ そうすると、結局、このような状況の下では、計画の形式的な性質と実質的

なそれとの相違・矛盾が必然的な結果として生じうるものであり、それゆえに、もしその計画が実体法上法規範もしくは行政行為とされるようなときには、行政内部的な性格をできる限り排するような形で策定されることが望ましいことになる。したがって、計画の手續を考えるとときには、結局、内容から判断しうる計画の実質的な性質がその重要な決め手になるようにも思われるのであるが、問題はそれほど単純ではない。そこで以下では、法形式との関連でそれがどのように捉えられるのかを、計画の公表と計画保障の面から考察を加えてみることにしよう。

(1) Breuer, a. a. O., S. 45; D. Volkmar, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, 1962, S. 54 f.; BVerwGE 18, 3.

一 計画の公表

一 そこでまず、計画の官報等への公表を、その法形式との関連でみていくことにするが、それは、その法形式に大きく依存していると言いうるかもしれない⁽¹⁾。たとえば、計画が法律の形式によるときには、その構想の段階ですでに公表が義務づけられているし、法規命令の形式によるときでも、例外的にはあるが草案の段階で公表することを要求されているものもある。すなわち、その多くはいわゆる計画案の段階での公表が義務づけられているのであるが、この点、行政行為の形式の場合には多少状況が異なる⁽²⁾。

行政行為形式を用いるもののうちで最も典型的かつ重要な計画確定裁決 (Planfeststellungsbeschluss) の場合には、計画を予め公表すべきことが法律上規定されており、更に、行政行為の場合には行政手続法九条の意味での行政手続が問題となるため、関係者に書類閲覧を保障した同法二九条の規定も関係してくる。ここでの利害関係人は、当該手続によってその法的利益に影響を受ける個人に限られているので、確かにその範囲は通常の公示の場合より狭く、更には、計画案 (Planentwurf) については妥当しないという同法二九条一項二文の規定も存するから、規範形式の場合と比べその範囲はより限定されたものともなろう。とは言え、書類の閲覧は、通常、単なる公示以上の情報提供効果を有するし、右に述べた計画確定裁決以外のものでも、それが行政行為という形式をとることによっ

て、そこでの計画化の透明性はより一層担保される点は重要であろう。そして、このような意味においても、行政行為形式の計画は、以下に述べる指針的計画と極立った対照を示していると言いうる。

指針的計画は、形式上は外部的な効果を有せず、行政行為や公法上の契約の発布に向けられた活動とも言えないから行政手続法九条の行政手続の概念には属しないとされ、また、同法一三条の意味での関与者も存しないから書類の閲覧も問題とならないとされる⁽³⁾。公示に関して明確な規定もなく、他の方法による一般的な公告も欠け、したがってまた慣例としても公表がなされないような計画化の形式は、全くもって不透明であると言わざるをえない。

それはともかく、指針的計画に関するこのような状況は、それが確定された場合においても同様であるが、その場合、指針的計画については、形式上は私人への利害関係性が欠如しているから、それに対する告知も不要ということになるのであろうか。この点に関しては省報 (Ministerialamtsblatt) への公表が行なわれることもあるが、それが義務づけられているわけではないから、その不透明さは相変わらずであろう。

これに対して、計画が行政行為の形式をとっているときには、行政手続法の原則からしても当然に名宛人に告知される。また、法律や法規命令による計画確定の場合には、連邦および州の法律公報 (Bundes-, Landesgesetzblatt) への掲載が必要であり、自主法規の場合でも各々に応じた形で公表されることになっている⁽⁵⁾。このように、法規形式の計画においては、いずれの場合においても公の告知が必要であり、この点において個々に告知される個別行為 (行政行為) 計画の場合と異なる。このような公表の方法の相違は、それを権利保護の方式の中で捉えるのであれば問題は異なってくるが、法治国家的に要請されている公表の方式という点からみれば、それは一般抽象性 (generell-abstrakt) もしくは個別具体性 (individuell-konkret) という区別によるものと言いうる⁽⁷⁾。したがって、計画についても、その告知の方式を決定するには、それが一般抽象的であるのか、個別具体的であるのかについての判断が必要となろうが、ある計画を右の図式のいずれに組み入れるかについては、何をもってそれを判断するのか必

ずしも見解が一致しているとは言えないし、そもそも右の図式がそのまま妥当するのかさえ問題となる。

これとの関連では、行政手続法四一条三項および七四条五項が、行政行為（計画確定裁決）も公に（*öffentlich*）知らしめる必要があると規定したことによって、右の図式の輪郭が次第にぼやけてしまっていることも指摘しうるであろう。したがってまた、こと計画確定裁決に限っては、個々人に対しての告知はその意義を失うであろうことが予期されているのかもしれない。そのことは、計画確定裁決が大量化し、しかも多数の者が同時に利害関係を有することになることを考えれば、必然的な結果であると言えなくもない。しかし、そうかと言って、その実質的な性質を決定するのは右のような手続ではなく、あくまでも当該計画の内容であると考えられるから、右のことをもってそれを法規範と性格づけることができないのは当然である。⁽⁸⁾ いずれにせよ、以上の議論から明確に指摘しうることは法規範形式を用いる計画についてのみ公表が義務づけられているにすぎないということである。

(1) ただ、すでに述べたように、官報等へ公表されたことをもって法形式が決定されるわけではない。公表は、あくまでも行為形式に付随するものであると思われる。

(2) Vgl. § 2 a Abs. 6 BBauG; § 81 Abs. 1 BwGO; Art. 65 Abs. 2 BayGO; § 97 Abs. 2 HessGO; § 66 Abs. 3 NWGO.

(3) Vgl. F. Kopp, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Anm. 3 zu § 9; VG Köln, DVBl. 1977, S. 867. ただ、実際には、指針的計画に基づいてその後の行政上の措置が決定されることも多いであろうから、本文のように言い切れるかどうかには若干の疑問が残る。もっとも、それは公表に関わる問題というよりも、何をもって指針的計画とみなすのか、換言すれば、「法規」か否かを決定するのは何かということに関わってくる問題であるように思われる。

(4) K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* I, 1977, S. 645.

(5) Vgl. Art. 82 Abs. 1 GG.

(6) Vgl. F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Neudruck des 8. Aufl. von 1928, 1963, S. 81; Forsthoff, *VerwR*, S. 143 Fn. 2; H. Petzold, *Die Veröffentlichung von Gemeindecsetzungen*, DVBl. 1967, S. 612 ff.; U. Penski, *Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsverbindlichkeit von Bebauungsplänen nach § 12 BBauG*, DVBl. 1970, S. 44 ff.

(7) Vgl. BVerwGE 18, 3 ff.; OVG Lüneburg, DVBl. 1971, S. 321 ff. 本稿第一章第一節（立憲法第112号第1頁以下）参照。

(8) その規律はあくまでも個別具体的なものであるからである。したがって、その限りでは、計画確定裁決は、右に述べてきた意味での統一的な図式には適合していないことになる。

二 計画手続との関連で論ぜられるものには、更に、計画名宛人の関与 (Beteiligung) の問題がある。これは、近年、参加 (Partizipation) という概念の下に行政法学上もかなり詳細に論じられ、⁽¹⁾ その論点も多岐にわたるため、ここでそれを詳論することは控えたいが、それが計画の行為形式との関連でどのように捉えうるかという点についてだけ簡単に論じておきたい。

ところで、参加とはいっても、その概念自体それほど明確とは言えないし、論者によってかなり多義的に用いられている観もある。⁽²⁾ それはともかく、もしこの概念を計画化プロセスへの市民の包括的な協力作用、すなわち「市民に特に関わる行政決定の創造への個人の関与」⁽³⁾ と解するときには、国家の活動に対する社会的な影響力といった側面が除かれてしまうことにもなる。そこには、少なくとも、一方で計画担当者による専門的助言と、他方で利害団体や専門委員会等による作用とが、同時に含まれていることが望ましいし、⁽⁴⁾ 実務上もそのような形での制度的な保障を次第に得つつあると言つてよい。⁽⁵⁾ しかしながら、このようないわば集団的な協力の手続形式は、行為形式に対しての直接的な関係を必ずしも有してはいないようにも思われるのである。

個人の関与は、確かにそれをどの程度認めるかについては議論の余地があるが、それをそもそも認めるかどうかという問題については計画の行為形式と結びついていると考えられなくもない。たとえば具体的な実施計画などの最も下位の段階での計画化については、それが認められやすい状況にあるであろう。そこでは利害関係人の範囲が限定されており、全ての者が意見を述べやすい状況にあるからである。⁽⁶⁾ この点、自主法規や行政行為の形式をとる計画については、実務上もそれに対する市民の直接の関与を認める方向にある。⁽⁷⁾ もっとも、これらの規定は、市民が具体的にどのような形で協力しうるのか、とりわけ、その権利を有する者の範囲については明確に述べていない

ので、訴権を基礎づけうるような法的な利害関係性との関連では問題が残る。たとえば、自治体の計画である土地利用計画などはそもそも外部的な効力を有しないとされているので、右のような意味での利害関係性は存しないとされているし、行政行為形式をとる計画確定のような場合にも、訴権を有する者の範囲よりも異議権者の範囲の方が広いとされているから、ここでも右のような意味での法的な利害関係性は曖昧である⁽⁸⁾。しかし、そうだとすると、参加と行為形式との関係は単なる事実上の可能性といった程度のものであって、両者は必然的な関係にはないのではないか。

(一) Vgl. R. Walter, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 147 ff.; W. Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 179 ff.; W. Blümel, "Demokratisierung der Planung" oder rechtsstaatliche Planung? FS für E. Forsthoff, 1972, S. 9 ff.; ders., Bürgerinitiativen — politische Willensbildung — Staatsgewalt, JZ 1978, S. 293 ff.; R. Bartsperger, Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung, VVDStRL 33 (1975), S. 221 ff.; U. Battis, Partizipation im Städtebaurecht, 1976; R. Hendler, Die bürgerschaftliche Mitwirkung an der städtebaulichen Planung, 1977; P. Dagoglou, Partizipation Privater an Verwaltungsentscheidungen, DVBl. 1972, S. 712 ff.; U. Barschel, Bürgerinitiativen und parlamentarische Parteiendemokratie, ZRP 1977, S. 129 ff.; R. Naumann, Verwaltungsverfahrensgesetz und Massenverfahren (dargestellt an der Genehmigung für Kernkraftwerke), GewArch. 1977, S. 41 ff.; N. Achterberg, Die Parlamentarische Demokratie als Entfaltungsraum für Bürgerinitiativen, NJW 1978, S. 1993 ff. など、計画策定手続に住民参加について、岡田・前掲書一九六頁以下参照。

(二) Vgl. Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 181; Ossenbühl, DJT-Gutachten, S. B 119 f.; Dagoglou, a. a. O., S. 713.

(三) Walter, a. a. O., S. 761 f.

(四) Dagoglou, a. a. O., S. 715; vgl. Ossenbühl, DJT-Gutachten, S. B 130 ff.; W. Brohm, Sachverständige und Politik, FS für E. Forsthoff, 1972, S. 37 ff.

(五) Vgl. Dagoglou, a. a. O., S. 718 f.

(六) Vgl. Ossenbühl, DJT-Gutachten, S. B 123, 125; W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff., S. 270 Fn. 69; R. Stich, Die Mitwirkung des Bürgers und der Öffentlichkeit an der Raumplanung, in: Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 50, 1972, S. 355 ff., 372 f.; E.-W. Böcken-

förde, Planung zwischen Regierung und Parlament, Der Staat 1972, S. 429 ff., S. 451 Fn. 67.

(7) Vgl. z. B., §§ 2 a, 13 a Abs. 2 BAuG; § 8 Abs. 2 StBFG; §§ 21 Abs. 4, 22 AbfG; § 18 Abs. 4, Abs. 6 FStG; § 17 Abs. 3, Abs. 6 WStG; § 73 Abs. 4, Abs. 6 VwVfG.

(8) F. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976, Anm. 5 zu § 73; Meyer-Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976, Rdn. 19 zu § 73.

二 計画保障

一 次に、計画法上の議論の中でも重要なものの一つに、自らが策定した従前の計画に行政がどの程度拘束されるか、という問題がある。これは、近年、計画保障 (Plangewährleistung) という言葉の下に活発な議論が展開されているが、⁽¹⁾そこで論じられているのは、主に、市民の信頼保護に対する計画化プロセスの二律背反的關係から生ずる特別の危険をいかに適正に配分するか、という点にある。⁽²⁾このような事例は計画化を伴う全領域にわたって生じうるが、西ドイツにおいて特に論じられることが多いのは、地区詳細計画の変更の場合や、建築許可の付与に際して地区詳細計画をその計画に従って履行しないような場合である。ただ、ここで主張されている請求権は、計画に反する行為の除去を求める計画遵守請求権 (Planbefolgungsanspruch)、⁽³⁾各段階での計画相互の適合を求めるもの⁽⁴⁾、損害賠償や損失補償を求めるもの⁽⁵⁾などさまざまであり、それらはその要件も論理的な構造もそれぞれ異なっている。したがって、ここでそれらを一括した形で議論することには問題があるが、その共通項をとり出してみるならば、およそ次のような点が明らかになるであろう。

すなわち、そこではまず、計画のまさに計画的な執行を要求しているという状況がある。つまり、惹起された損害を金銭的に補填する場合ではなく、本来的に予定されていた将来の状況が現実招来されることによってのみ損害の回避や除去を保障しうる、ということである。これは、とりわけ執行の段階で計画を十分に考慮しないとときか計画を一部変更するような場合に生ずるものであり、そこではまさに計画遵守請求権が論じられる。⁽⁶⁾これに対し

て、たとえば補助金を打切るなどの場合には計画上の請求権が剝奪されるものであるから、計画遵守請求権とは別に、損害賠償や損失補償に近い形で請求権も論じられることになる。このような場合でも、確かに、計画の実現を求める利益状況の存することもあるが、逆に消極的な形で、損害の惹起を回避することが求められていると考へることもできる⁽⁷⁾。ただ、いずれにしても、特別の信賴的地位の侵害が問題となっているという点では一致している⁽⁸⁾のであろうし、計画の行為形式の関係ではその点を考えてみる必要があると思われる。

(1) 計画保障の問題については、以下の文献を参照せよ。M. Oldiges, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1970; J. Egerer, Der Plangewährleistungsanspruch, 1971; M. Kriele, Plangewährleistungsansprüche? DÖV 1967, S. 531 ff.; F. Osenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, S. 25 ff.; ders., Die Plangewährleistung, JuS 1975, S. 545 ff.; K. Redeker, Von der Nachbarlage zum Planbefolgungsanspruch (Plangewährleistungsanspruch), DVBl. 1968, S. 7 ff.; J. Burmeister, Zur Staatshaftung für Planschäden der Wirtschaft, Die Verwaltung 1967, S. 21 ff.; R. Breuer, Entschädigungsrechtliche Konsequenzen von Eingriffen in die Baufreiheit, DÖV 1978, S. 189 ff.; W. Schmidt, "Vertrauensschutz" im öffentlichen Recht, JuS 1973, S. 529 ff.

(2) 宮田・前掲書二七七頁以下。

(3) 上の点はとりわけ隣人訴訟 (Nachbarlage) において問題とされることが多い。Vgl. R. Bartsperger, Subjektives öffentliches Recht und störungspräventive Baunachbarlage, DVBl. 1971, S. 723 ff.; K.H. Friauf, "Latente Störung", Rechtswirkungen der Bauerlaubnis und vorbeugende Nachbarlage, DVBl. 1971, S. 713 ff.; Redeker, DVBl. 1968, S. 7 ff.; W. Hoppe, Nachbarlage — Plangewährleistungsanspruch — Planbefolgungsanspruch, DVBl. 1969, S. 246 ff. なお、宮田・前掲書二八四頁は、「この請求権は計画の遵守と執行を求め、計画違反の行政行動に反対する請求権である。計画遵守請求権については、計画が法的拘束力を有するかどうか、法的拘束力がある場合にも行政は即時の執行の義務を課せられているかどうか、またどの程度に計画を実現すべきか」といった問題がある」と指摘する。

(4) 「この請求権は、計画の改廃を阻止できない場合に、計画に対応する措置をとり計画の改廃により財産上の損失を受けた者のために、経過規定および適当援助を要求する」もので、「利害関係人を漸次的に新しい状況に適應させ損失をできるかぎり回避する機能を有する」(宮田・前掲書二八四頁)。

(5) 「この請求権は、計画変更を阻止できず計画が遵守されなかった場合、ultima ratio として、補償または賠償を求めるものである」(宮

田・前掲書二八四頁)。Vgl. Burmeister, a. a. O., S. 34 ff.; Ossenbühl, DJT-Gutachten, S. B 202.

(6) もっとも、この場合でも、一般的な計画存続を求める請求権が認められるわけではなく、請求権としては個々人に影響を及ぼす部分の存続を求めるにすぎないことである。Ossenbühl, DJT-Gutachten, S. B 198.

(7) Vgl. Lerche, DÖV 1961, S. 489; H.-G. Koppensteiner, Intervention, Wettbewerb und Unternehmen, BB 1967, S. 217 ff., 221. これに否定的なものと「Oldiges, a. a. O., S. 229 ff.

(8) Vgl. Kriele, DÖV 1967, S. 532; Egerer, a. a. O., S. 71, 76 ff.; Burmeister, a. a. O., S. 42 ff.

二 そこで次に、計画保障の問題がいかなる意味において計画の行為形式と関わっているのかについて考えていくことにしよう。ただここで注意を要するのは、おそらく後の叙述から若干明らかにされるとは思うが、ある行為形式を選択することによって必然的に計画保障の問題が決定されるということではなく、計画保障が機能的に行為形式と関わりを有しているにすぎないということである。なぜなら、そこで問題となるのは行為形式そのものではなく、市民の信賴的地位への侵害が法的にいかなる性質を有しているか、ということであると考えられるからである。⁽¹⁾

それはともかくとして、まず、計画が契約の形式をとるようなときには、その契約は当事者である計画担当者と市民の双方を拘束するから、計画変更のときでも双方の法律関係を同様に変更せしめるし、それに反するときには特別の留保事項などのない限り契約違反となり、損害賠償義務等が生じることになる。そして、その場合には、計画保障請求権の基礎および範囲も明らかであるという。⁽²⁾ また、計画が行政行為として行なわれるときには、保障請求権の範囲や方法は一般的な信賴保護原則との関連で論じられることが多い。すなわち、行政行為のときには、市民の信賴は計画の内容に集中するから、ここでは計画の忠実な執行を求める請求権が存するという。このことは、行政行為による計画が市民に対してその計画の実現を強要することの結果として当然に承認されねばならないこと⁽³⁾であるとされている。

これに対して、計画がいわゆる法規範としての形式を用いているときには状況がやや異なる。もっとも、ここでも確かに建設管理計画への信頼に伴う損害の補償等の規定は存するが、それらは規範的計画の場合としてはむしろ例外に属するものであって、通常は憲法上の信頼保護原理によって考察される⁽⁵⁾。したがって、ここでその詳細に立入ることは筆者の能力をこえることになるが、問題となるのは、これらの論者が、計画実現に伴う個人的な利益への期待は基本法一四条によっては保護されない、いわば投機的なものであるにすぎず、ほとんどの場合には財産権の損害を生ぜしめず、更には他の基本権を制限することもないとし、それゆえに実務上も、法規範計画の変更は、それが計画保障請求権の問題を惹起することなく、かなりの程度可能であるとしていることである。このような状況を考えるならば、問題をもう少し個別的に計画法独自のものとして位置づけていくことも必要となろう。

指針的計画の場合も、すでに述べたように、それは法形式のうえからはいつでも自由に取消・変更が可能であるとされているから、状況は右とほとんど変わりが無い。すなわち、指針的計画の場合、法的に請求権を基礎づけるものが存せず、しかも法拘束的な形式で発布されるものでもないから、計画保障請求権は行政の自己拘束の原理の範囲内でのみ生ずるにすぎないとされている⁽⁶⁾。それゆえ、指針的計画の場合には、市民が計画をまさに「計画的に」執行することを期待することは、少なくとも法形式上は困難であることになろう。

さて、行為形式と計画保障との関係は概ね以上のごとくであると考えられるのであるが、しかしそうだとすると、市民は、行政行為や契約といった個別行為形式で計画が実施されるときにのみ、計画の存続に対して信頼を寄せることができるにとどまり、これに対して、特に指針的計画の場合などは、計画保障はそもそも原則的に考慮されないものであるから、それを請求することがもつともであると思われるような利益さえも考慮されずに放逐されてしまうおそれすらある。したがって、右のような考察を前提とするかぎり、計画保障にとっては大きな困難が立ちまわっていると言いうるが、そうかといって、望ましい結果の面からのみ考えて新たな請求権をつくりあげたと

しても右の困難性はいつまでもつきまとうこととなり、問題の根本的な解決にはならない。

ただ、ここでの問題を考える場合には、計画の行為形式と計画保障請求権との関係について改めて考えてみる必要がある。すなわち、両者は、すでに述べたように、ある行為形式を選択することによって必然的に計画保障の問題が決定されるという関係にあるのではなく、計画保障が実際上の機能として行為形式と関わりを有しているにすぎない。この点、右の議論は計画の行為形式を前提とし、市民の信賴的地位の態様およびその侵害の程度を全くもしくは付随的にしか考慮していない。行為形式は、ここでは、あくまでも手続的な信賴保護と関わっているにすぎず、個々の市民の実体的な利益との関係では、更に別の視点からの考慮が必要であることは言うまでもない。とりわけ、計画保障の問題が、計画に本質的に内在する継続性と柔軟性との緊張関係の中にあることに留意するならば、行為形式をもってその全てをカバーすることができないのは明らかであろう。

(1) この点を指摘するものとして、Ossenbühl, DJT-Gutachten, S. B 199 f.; Burmeister, a. a. O., S. 29; v. Simson, a. a. O., S. 409 ff.; J. Köble, Wirtschaftsplanung und Grundgesetz, NJW 1966, S. 473 ff., 478.

(2) H. P. Ipsen, Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, in: Planung II, 1966, S. 63 ff., 108.

(3) Vgl. Ossenbühl, DJT-Gutachten, S. B 200. また、例外的にはあるが、行政行為形式の計画の場合に、行政行為の撤回に関する原則が適用されることもある。Vgl. §§ 48, 49 VwVfG; § 72 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. なお、Brohm, VVDStRL 30, S. 284 はこれに反する見解を主張しているが、右規定が存する以上、今日では採用しえないものと思われる。

(4) §§ 44, 39 j BBauG; vgl. Breuer, DÖV 1978, S. 192 ff.

(5) G. Kisker u. G. Püttner, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32 (1974), S. 149 ff., S. 200 ff.; W. Schmidt, "Vertrauensschutz" im öffentlichen Recht, JuS 1973, S. 529 ff.; E. Grabitz, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl. 1973, S. 675 ff.; O. Seewald, Rückwirkung, Grundrechte, Vertrauensschutz, DÖV 1976, S. 228 ff.; vgl. BVerfGE 13, 270 ff.; 25, 289 ff.; 30, 285 ff., 385 ff.; 31, 275 ff.; 36, 281 ff.; 37, 397 ff.

(6) 以下は土地利用計画について、R. Stich, Die Planstufen der Orts-, Regional- und Landesplanung, DVBl. 1973, S. 589 ff. 及び F. Ossenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, S. 25 ff., 29 ff. 行政規則 (Verwaltungsvorschrift) の信賴保護については否定的である。

第二款 権利保護

一 最後に、計画の行為形式と権利保護との関わりについて若干の検討を加えておこう。ところで、西ドイツにおいては、権利保護の方法は当該高権的行為の形式に従って判断されるとされ、その限りではその実質的な性質は重要ではない⁽¹⁾。それによると、たとえば行政行為などは取消訴訟によってのみ争いうるということになる。他方、ここで実質的な法的性質は、当該高権的行為の形式と内容とが相違し、それが違法とされるときにのみ重要性をもつとされる⁽²⁾。とりわけ、権利保護を制限する目的をもって故意に行為形式の選択に操作を加えたようなときには、実質的な性質に基づく判断が重要となってくる。ただ、ここではまず、権利保護と行為形式とがどのように関わるかという点に焦点を合わせて論じていくことにしたい⁽³⁾。

(1) Ossenbühl, DJT-Gutachten, S. B 180 f.; K.H. Zeller, Mitwirkung und Rechtsschutz der Gemeinden im Bereich der Planung (mit Ausnahme der Bauleitplanung), DVBl. 1973, S. 599 ff., 603; Wolff-Bachof, VwR I, § 47 IX d 1; BVerwGE 26, 252; OVG Münster, DVBl. 1968, S. 529 f.; OVG Lüneburg, DÖV 1971, S. 495. 以下は異論を要せずの点について Brohm, Rechtsschutz, S. 35 f.

(2) Vgl. BVerwGE 18, 5.

(3) 権利保護に関する文献は枚挙にいとまがないが、とりあえず以下のものを参照。基本法一九条四項の権利保護の保障の範囲について W. Henke, Anm. zu BVerfG, JZ 1969, S. 145 ff., 146 f.; Ossenbühl, DJT-Gutachten, S. B 167 ff. 以下は計画裁量の視点からの総論の整理を目的として P. Badura, Planungsermessens und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, FS BayVGH, 1972, S. 157 ff., 160 ff.; Schmidt-Abmann, VVDStRL 34, S. 251 ff.; W. Hoppe, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, 1971, S. 53 ff.; ders., Planung und Pläne in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, FG BVerfG I, 1976, S. 663 ff., 706 ff.; W. Blümel, Planung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1975, S. 695 ff., 699 ff.; K. Redeker, Fragen der Kontrollrechte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, S. 757 ff., 760 ff.; G. Kisker, Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 50. Dt. Juristentages II, 1974, S. I 174 ff.; W. Schick, Kontrolle der Planung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, JZ 1974, S. 470; M. Schröder, Die richterliche Kontrolle des Planungsermessens, DÖV

1975, S. 308 ff.; Stelkens-Pagenkopf, Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts, DVBl. 1977, S. 668 ff., 669 ff. 国務院議定書 R. Naumann, Klagebefugnis von Verbänden im Verwaltungsprozeß, DÖV 1971, S. 378 ff.; A. v. Mutius, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 1973, S. 311 ff.; Schmidt-Abmann, VVDStRL 34, S. 250 f.; K. Redeker, Zum neuen Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1973, S. 744 ff., 747; ders., Verfahrensrechtliche Bedenken gegen die Verbandsklage, ZRP 1976, S. 163 ff.; P. Stelkens, Einige verwaltungsprozessuale Fragen zur Verbandsklage, DVBl. 1975, S. 137 ff.; E. Rehinder, Argumente für die Verbandsklage im Umweltrecht, ZRP 1976, S. 157 ff.; B. Bender, Einige rechtspolitische Bemerkungen zur Verbandsklage im öffentlichen Recht, DÖV 1976, S. 584 ff.; W. Schmidt, Rechtsschutz gegen ein Begründungsdefizit bei Verwaltungsentscheidungen über öffentliche Interessen, DÖV 1976, S. 577 ff.; H.-W. Rengeling, Aktuelle verwaltungsrechtliche und verwaltungsgerichtliche Fragen bei der Errichtung von Kernkraftwerken, JZ 1977, S. 542 ff., 545 f.; R. Breuer, Wirksamer Umweltschutz durch Reform des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts? NJW 1978, S. 1558 ff., 1561 ff. 隣人訴訟 R. Bender/Dohle, Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht, 1972; Ernst/Hoppe, ÖffBaBoR, S. 185 ff.; Hoppe, Rechtsschutz, S. 51 ff.

二 計画に対する裁判所のコントロールの問題は、一般に、それを行為形式という視点から眺めるならば他の高権的行為に対するそれと異なるところはないとされる。したがってまず、法律形式で策定された計画は、専ら憲法裁判所の審査に服する⁽¹⁾。また、法規命令の形式による⁽²⁾ときにも、右と同様、連邦および各州の憲法裁判所により権利保護が与えられる⁽³⁾。ただ、バーデン・ヴュルテンベルク、バイエルン、ブレーメン、ヘッセンおよびシュレスヴィヒ・ホルシュタインの各州における法規命令は行政裁判所のコントロールに服し、同様に、自主法規とりわけ地区詳細計画や都市建設上の再開発に関する措置などは、行政裁判所法四七条により、規範統制手続(Normenkontrollverfahren)に服する⁽⁴⁾。以上、行為形式について法律上の指定があり、かつそれが法規形式を有する計画については、何らかの方法で裁判所によるコントロールの方法が担保されているから、前述のような権利保護の制限を目的とするような行為形式の意図的な操作は問題とならないであろうし、更には、行政行為形式の場合(とくに計画確定裁決の場合)⁽⁵⁾には取消訴訟で争い⁽⁶⁾るのであるから、いわゆる外部的な効果を有する計画行為に対して

は、全て裁判所のコントロールが及ぶことになる。

そこで問題となるのは、直接的な外部的効果を有せず、したがってまた市民の利害関係に何らの法的な影響をも及ぼさないとされている指針的計画の場合である。⁽⁷⁾ すなわち、それは、右の理由によって権利保護の必要性が欠けているとされるからである。⁽⁸⁾ ただ、指針的計画の場合、その行為形式の面から捉えるならば、確かに右のように言いうるのであるが、実際には市民に対して重大な影響を及ぼしうるものであることもまた異論のないところであり、とりわけ計画担当者が権利保護を阻害する等の目的で意図的に指針的形式を選択したようなとき、更にはそのような意図的な場合に至らずとも、指針的形式とその内容とが明らかに矛盾するようなときには、右結論をそのまま受け容れることにはかなりの抵抗がある。そこで、そのような場合には、行為形式とその実質的な内容とを更に吟味してみることが必要となろう。⁽⁹⁾

ところで、計画に対する権利保護の問題は、従来はともすると権利保護それ自体を保障するかどうかという形で論じられることもあったが、その本質はむしろいつ保護するか、すなわち権利保護の適時性(Rechtzeitigkeit)にあると考えられる。計画化のプロセスを全体として眺めるならば、通常、事後の計画決定や計画実施行為に対しては、それが市民の法領域に介入することになるという理由から、裁判所の審査が可能であるとされている。そして、このような計画実施行為のコントロールを通じて、計画それ自体に対しても付随的にはあるがコントロールを及ぼしうる。しかしながら、問題は、計画に対しての権利保護が可能かどうかということにあるのではなく、右のように執行の局面で初めて行なわれる権利保護が、その有効性を担保するためにはたして適時のものであるかどうかという点にある。なぜなら、時機を失すると回復しがたいような事実上の関係が創造されてしまうからである。⁽¹⁰⁾ したがってまた、それゆえにここでの問題を解決するためには裁判所によるコントロールの適時性を確保し、既成事実がそのままの形で存在し続けるのを阻止しうるような行政争訟の法制度のあり方を探求することが必

要となってくると思われるのである。そして、以上のことを踏まえながら行為形式と権利保護との関わりを考察する⁽¹¹⁾ことになるが、この点は後述する。

- (1) Schick, a. a. O., S. 474 f.
- (2) Schick, a. a. O., S. 474 ff.; Hoppe, FG BVerfG, S. 671 ff.
- (3) 地区詳細計画に対する規範統制について、vgl. Bartlspenger, DVBl. 1967, S. 368 ff.; Schlichter/Stich/Tittel, BBauG, Rdn. 5 zu § 10.
- (4) K. Schenk, Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle — Stand von Rechtsprechung und Rechtslehre, DVBl. 1976, S. 198 ff.; W.-R. Schenke, Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, NJW 1978, S. 671 ff.; vgl. §§ 10 BBauG, 5 StBFG.
- (5) 計画確定裁判に対する権利保護については、vgl. Hoppe, Rechtsschutz, S. 44 ff.
- (6) なお、いわゆる第三者を含む利害関係人およびその訴権の範囲の問題も重要ではあるが、それらは計画の行為形式とは直接には結びつかないと思われる(後述第三章第二節参照)から、ここではそれらの問題には触れないことにする。なお、vgl. Hoppe, Rechtsschutz, S. 47 ff.; Breuer, NJW 1978, S. 1560 f.; J. Schwarze, Rechtsfragen bei Errichtung von Kernkraftwerken, DÖV 1973, S. 700 ff., 701 f.
- (7) R. Stich, Rechtsschutzprobleme bei Maßnahmen der Landes- und Regionalplanung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 27, 1965, S. 124 ff., 146.
- (8) なお、これとの関連で、行政裁判所法四十条について「損害」(Nachteil)の概念について、vgl. Kopp, VwGO, Anm. 24 ff. zu § 47; OVG Saarl., DÖV 1978, S. 216; OVG Münster, BB 1978, S. 65 f.; BayVG, DVBl. 1978, S. 114; OVG Lüneburg, DVBl. 1978, S. 176 f.
- (9) しかしながら、ひるがえって考えてみるに、このような問題は権利保護それ自体の問題としてではなく、行為形式の選択が適切であったかどうか、したがってまた当該行為の適法性に関わるべきものとして捉えることもできる。これに関しては、近年、たとえば行政規則について、それに対する権利保護を可能とするために一般的な形で法規範の性格を認めようとする議論も存する(Redeker, JZ 1968, S. 540; vgl. Wimmer, DVBl. 1970, S. 308)が、それには論理的にも無理があるし、実質的な必要性にも乏しいように思われる(たとえば自治体の土地利用計画に関連して、vgl. Ernst/Hoppe, ÖfBaBoR, S. 177; Schlichter/Stich/Tittel, BBauG, Rdn. 7 zu § 5; Stich, DVBl. 1973, S. 594; Schenk, DVBl. 1976, S. 199)。とりわけ行為形式の問題とは、計画の成立要件、瑕疵論、消滅などの形式的な適法性に関わるもの

として捉えられるべきであり、権利保護の必要性から遡って考えることは論理が逆であるように思われる。

(10) 上の点に関して詳細は、Blümel, FG für Forststoff, S. 137 ff.; ders., DVBl. 1975, S. 701; Ossenbühl, DJT-Gutachten, S. B 192; Schick, JZ 1974, S. 474.

(11) 権利保護の適時性それ自体は、後に計画の「法的性質」との関連で若干触れるところがある。後述第三章第二節第二款参照。

第二節 計画の行為形式と法的性質

第一款 計画の「法規」性

一 さて、これまでは（第二章をも含めて）計画の行為形式とそれに関わる諸問題との関係について若干の考察を試みたが、ここではそれをとくに「法的性質」との関わりにおいて論及し、本稿の一応の総括としたい。ただ、これまでも折に触れて指摘してきたように、法律上指定されている形式と当該計画の法的性質との関係は必ずしも十分には明らかでないし、むしろ、その形式が計画の法的性質を考えるうえにおいて決定的な役割を果たしていないと思われることさえある。そうだとすれば、ここで立法者の付与した行為形式と法的性質との関係はどのように捉えたらよいのであろうか。

ところで、本稿においては、「法的性質」をこれまで当該計画の「実質的な内容」といった意味において叙述を進めてきたが、実はこれだけでは不十分かつ不明確なのであって、当該計画が法的にいかなる内容を有するかということのほかに、ここでは更に、当該計画が法的にいかなる効力を有するかという問題をも併せて、あるいはまた両者を区別して論じる必要があるように思う。ただ、これまでその内容にのみ言及したことはそれなりの理由があつてのことで、それは、ある行為形式が当然にその内容までも一律に規定しうるものではないということを示すためにのみ用いたにすぎない。もちろん、法律や法規命令といった形式のように、その実質においてもいわゆる

「法規性」を有するものとして通用せしめられているものもあるが、他方で、地区詳細計画のごとく自主法規としての形式とその実質的内容とが必ずしも一致していないものもあり、⁽²⁾ 指針的計画においても同様のことが指摘されることがある。⁽³⁾ そして、そこで「内容」というときには、もちろん「国民の権利義務に関する影響」という意味においてであった。しかし、極論するならば、行政上の措置であつておよそ国民の権利義務に関わらないものなどないといつてもよいであろうから、右の意味における用法は内容の説明であつて必ずしも内容の説明にはなつておらず、したがつて「法的性質」の説明としても不十分のそしりを免れないのである。ここで「法的性質」を論ずるときには、当該計画が国民に内容的にどのように関わっているかということのほかに、当該計画がそれ自体として法的にいかなる効力を有するか、そしてそれをこれまでの議論との関わりでいうならば、計画がある行為形式を付与されたこと自体によつていかなる効力を有するのか、あるいはまた（行為形式との関係は一応措くとして）計画それ自体の法的効力をいかなるものと捉え、その根拠をどこに求めるか、ということに触れる必要があると思われるのである。

このような点は、実は、近年の「法規」概念の再検討をめぐるさまざまな議論とも関連している。⁽⁴⁾ 本稿における以下の叙述も概ねそれらの傾向に依拠しており、とり立てて論ずべきことではないかもしれないが、本稿の総括の意味で、とりわけわが国の状況を踏まえながら筆者の考えを披歴しておきたいと思う。

まず、この問題を考えるうえにおいて重要であると思われるのが、計画が法規命令として策定される場合と指針的計画すなわち行政規則⁽⁵⁾として策定される場合とにおける差異である。

ところで、わが国の行政法学の通説的見解においては、法規命令と行政規則は、それが国民の権利義務に関わるものであるかどうかによつて区別されてきた。すなわち、法規命令は国民の権利義務に関する定め（すなわち「法規」）で、その制定には法律の授權が必要であり、他方、行政規則は右の意味での「法規」たる性質を有せず、か

行政権が独自に制定しうる、というのである。しかし、このような捉え方が不十分かつ曖昧であったことは、近年さまざまな形でなされている批判・提言によって明らかであるし、そのことが問題を計画に限定したときでも同様にあてはまるものであることは、これまでの考察からでも推察は可能であろう。つまり、先に述べたように、「国民の権利義務に関わる」と言っても、そこには当該計画が国民に内容的にどのように関わっているかということのほか、当該計画がそれ自体として法的にいかなる効力を有するのか、換言するならば、当該計画が策定されることによって国民の権利義務がどのように変動せしめられるのか、という二つの問題を含ませることができからである。更に、この点は措くとしても、「国民の権利義務との関わり」のみをもってしては、計画の行為形式が法律上指定されている場合の意味あるいは計画それ自体の機能といったことについては全く考察の対象となりえないこともまた、たびたび述べてきたところである。もちろん、これらの問題の考察にはより一層の詳細な論証を必要とするが、以下ではこれまでの考察から得られたものを簡単に整理するにとどめたい。

（１）ここでその「法規」性がいかなるものを意味していたかが問題となることはいうまでもないし、本款における主たる関心もその点にあるが、これまでのところから明らかにされたことは、訴訟類型をも含めて、その一連の手続が拘束的であるということにすぎず、それが国民の権利義務を拘束的に規律し、したがってまた国民がそれを訴訟上争いするという視点から捉えられているものでは必ずしもないことに注意すべきである。この点は後述する。

（２）本稿第一章第一節（立教法学二二号五一頁以下）、第二章第一節三参照。

（３）これが「計画」に限らない問題であることは言うまでもない。たとえば「通達」に関するわが国の近時の判例は、このような事情を示しているものが少なくない。すなわち、たとえば東京地裁昭和四六年一月八日判決（行裁例集二二卷一一二二号一七五頁）は、通達には基本的に市民の法的な利益を直接に拘束するような効果は認められない、という伝統的な理論的前提に立ちながらも、具体的には、通達であってもその内容が国民の具体的権利義務ないしは法律上の利益に重大な関わりを有し、かつその影響が単に行政組織の内部関係にとどまらず外部にも及び、国民の具体的な権利義務ないしは法律上の利益に変動をきたし、通達そのものを争わせなければその権利救済ができなくなってしまうようなときには、それ自体を争いうる、という判断を示しているのである。

この判決をどのように評価するかについては、さまざまな角度からの検討が必要かつ可能であるが、本稿との関連では、まさに「通達」（行

政規則)という行為形式そのものの意義と、それと対比もしくは関連づけられるところの実質的な効果とが、それ自体としてあるいは訴訟との関連においてどのように捉えられるべきかが重要となる。右の判示では、通達の「法規」性、国民の権利義務との関わり、通達を争わせることの意味、といった点についての判断が示されているが、各々が理論的にどのように整理されているのかは、必ずしも明らかではない。

(4) たとえば、森田寛二「法規と法律の支配」・「法学四〇巻一四五頁以下、同二五五頁以下(一九七六年)、平岡久「ボン基本法下における行政規則に関する学説」・「阪大法學九九号(一九七六年)一〇三頁以下、同二二二号(一九七七年)一二三頁以下、同「行政立法」現代行政法大系2(一九八四年)六三頁以下、同「法規」概念について—行政立法・補論—法学雑誌三〇巻三・四号(一九八四年)二八〇頁以下、藤田宙靖「行政法I(総論)」(一九八〇年)二〇二頁以下、同「行政と法」現代行政法大系1(一九八三年)三一頁以下、など参照。

(5) 指針的計画と行政規則とが必ずしも同一のものとしては捉えきれないものを含んでいることについては、すでに述べたとおりである。前章第二節二註②参照。

二 まず、当該計画が「法規」たる性質を有するかどうかは、それを「国民の権利義務」との関係において判断するならば、それは国民の権利義務に単に内容的に関わっている場合ではなく、国民に対して拘束力を有するかどうかによって判断されるべきであると考える。この点、近時の学説では、「法規」とは「行政機関を対外的にも拘束し裁判基準になりうる効力をもつ規範を広く意味し、必ずしも『国民の権利義務』との関連性を要件としない」⁽¹⁾という見解が有力に主張されており、筆者もこの見解に対しては異論を唱えるものではない。ただ、論者の指摘するように、「法規性」をもつのは、「端的に、議会からの立法の授権に基づいて制定されているがゆえにである」⁽²⁾という形式的側面のみで判断しうるのかどうかについては、若干の疑問が残る。というのは、西ドイツにおけるように立法による授権が明確であるならばともかく、わが国においては授権の存否のみならず、授権が明確であってもはたしてそれが「法規」制定の授権かどうか不明瞭な場合が少なくないところでは、右の基準は必ずしも明確なものとはいえないと思われるからである。⁽³⁾そのことは、論者自身が「行政立法(いわゆる法規命令——筆者註)と行政規則とを区別するために必要な議会からの『立法』の授権の存否が不明確な場合があり、事実上は『法』と同

様の機能をはたすことが少なくない⁽⁴⁾と述べているところからも明らかである。もっとも、このような疑問に対しては、「かかる〔法規〕となるか否かは議會の意思にかかっている——筆者註）標識自体を疑問視するのではなく、議會制定法による授權の仕方こそが改善される必要があり、あるいはまた、議會の意思が何であるかを明らかにするための一定の基準が法解釈論上構成されていく必要がある⁽⁵⁾」という見地から問題を解決していくこともでき、その限りでは右は一応の基準として通用しうるのかもしれない。しかし、先に述べたように、わが国においてはそのような「例外的」事例があまりにも多すぎるし、更には、確かに「法律の授權にもとづかずして制定された政令は『法規』たりえない」と述べることは可能であるとしても、他方で、行政規則として制定すべきことが「授權」されている場合であつて、しかもそれが「事実上は『法』と同様の機能をはたす」ときに、それをどのように判断するのであろうか。この問題はある意味では「法規」たるかどうかの問題ではなく、立法者による行為形式の選択が適切であつたかどうかの問題として捉えることもできるが、それはともかく、議會による授權と立法による行為形式の指定との関係がもうひとつ明らかでないように思われる⁽⁶⁾。

このような事情を考慮すると、「法規」たるかどうかの判断を、右のような形式的側面からは離れて、あるいはそれとは別の見地から、たとえば「国民の権利義務」との関わりにおいて実質的に行なうことも許されるのではないかと思われる。もっとも、この点に関して筆者自身明確な解答を持ち合わせていないので、ここでこれ以上立入ることは避けたいが、右に述べたような法律による「授權」は存するがその形式については何らの指示もないとき、もしくは行政規則として策定すべきことを指定しているときのことを考えると、法規命令と行政規則という區別自体、非常にあいまいであるように思える。というよりもむしろ、このような區別は、当該行政立法が「国民の権利義務を一方的に変動させる効力をもつ」ものに関して法律により授權されているかどうかによる區別、もしくは「法律は原則として法規である⁽⁷⁾」という形式的側面から捉えるのであればともかく、実質的にはそれ自体として

はそれほど重要とは思われない。もちろん、ここで右の「法規」がいかなるものを意味するかを問われることになるが、右のように形式的に理解する限りにおいてはそれを詮索することの必要性はさほど感じられないし、かりにそれを限定するにしても、それは結局法律の授権に基づいているかどうかという程度でしかない。したがって、この限りにおいては近年の有力な主張と一致することになる。ただ、これまでも繰返し述べているように、「法規」制定の授権が不明確である場合に、確かにそのことのみをもって「法規命令」性を疑問視するのは適切ではないかもしれないが、そうかと言ってそのようなものについて「法規」性を具体的に判断しようとするならば、その判断基準をめぐって議論が混乱することは必至であるし、わが国の実際の授権の仕方を考慮に入れると現実的であるとも言えない。

そこで、「議会の授権」という形式的基準によるのであればあくまでもその形式的明確性に固執し、法律もしくははその明確な授権に基づく行政立法（＝法規命令）のみが「法規」であり、それ以外のものは「法規」たりえないと構成することの方が明快であろう。しかし、この場合、それが真に（？）「法規」であるかどうかは右の基準をもつてしては判断できず、したがって、そこでの「法規」概念はあくまでも「法律の法規創造力」を形式的に説明し、現に存する各種の行政立法をそれに従って形式的に分類するものであるにすぎない。⁽⁹⁾ 換言するならば、右に述べてきたレベルでの「法規」性については、それが法律もしくはその授権に基づくものであるかどうかという点と、および、それを近年の有力な主張との関わりで表現するならば、それが「行政権を対外的に拘束し、裁判基準となるもの」もしくは「国民の権利義務を一方的に変動させる効力をもつ規範」ということを形式的かつ明確に示すことができればよいのであって、それが実際の限界事例においてどうなるか、といった点についてまで示すことは必要ないし、現にそのような限界事例が存するのであれば、それについての基準を形式的かつ明確に示すことはそもそも不可能ではないかと考えるのである。

- (1) 室井力編『新版現代行政法入門(1)』（一九八四年）七五頁（平岡久執筆）。
- (2) 平岡・前掲現代行政法大系2・六六頁。
- (3) その意味で、前章にみてきたように、西ドイツにおいては国土関連計画のみならずその他の計画領域においても、その行為形式を法律上指定していることが多いことは重要である。そして、その意味していたものは、策定手続の明確性もしくは拘束性、さらには市民が当該計画を争う場合の争訟手段の明確性であったこともここに改めて明記しておきたい。これをすなわち本文との関連で述べるならば、その策定手続もしくはその結果としての計画が行政機関を対外的にも拘束しうるかどうかということが、すでに法形式として予め決定されているのである。したがって、たとえばそれが法律や法規命令という形式であるときには、その策定手続は通常の法律や法規命令と同様、授權法の範囲内において、それに拘束されながら策定されるし、策定された計画については、それを市民が争う場合、すでに規範統制訴訟など一定の訴訟類型が準備されている。
- (4) 平岡・前掲現代行政法大系2・六七頁。
- (5) 平岡・前掲法学雑誌三〇巻三・四号三〇一頁。
- (6) もしそうであるならば、それこそ「議会による授權の有無」という形式的基準をとりこえて、単に内容的に国民の権利義務に関わっているということだけでなく、それに対する拘束力をも有するという効力をも含めて、実質的な判断に踏み込んだものとは言えないだろうか。
- (7) 森田・前掲法学四〇巻一号六一頁は、オットー・マイヤーの「法律の法規創造力」という命題についての従来のわが国の理解は誤りもしくは不十分であったことを指摘し、『法律の法規創造力』は、「法律は原則として法規である」ということを意味するものであって、立法府への排他的授權を指称するものではない」とする。
- (8) ここで「真の法規」というのはあくまでも用語の問題にすぎず、「真の」法規が何であるかを論じようとするつもりは毛頭ない。ただ、議会の授權の存否によって法規であるかどうかを決定し、他方で国民の権利義務を一方的に変動させる規範であることをもって法規たることの内容とするとき、それは同一のことを述べているわけではなく、両者の要素を同時に含んでいないものも必然的に存しうる。したがって、議会の授權の存否という形式的側面のみをもって「法規」性を判断することが可能であるとしても、他方で国民の権利義務との関わりの見地において判断することもまた可能であると言いうるように思われる（それを「法規」と称するかどうかともまた用語法上の問題であるにすぎない）。従来の議論に問題があるとすれば、まさにこの両者を安易に結びつけてきたことにあるのであって、仮に両者ともに「法規」であると言いうるのであれば、そこに何らかの意味での違いを見出すことが必要である。本文の表現はまさにこのような意味においてのものである。いずれが真でいずれが偽であるかといったものではないことは明らかであろう。
- (9) もっとも、このような極端な形で結論つけてしまっただけには疑問が残る。すなわち、後述のように、ある行政立法が形式的に「法規」であるとされることにより、もしくはそのこと自体によって独自の効力を有するからであり、したがってまた現実の法解釈論において

てもそのことから実践的な解釈のための基準を導き出すことが、一面では可能となるからである。しかし、もし限定を付することが許されるならば、右の意味での「法規」たることによる効力は、あくまでも当該行政立法それ自体が法規とされることに伴う効力、すなわちより具体的には当該行政立法策定手続を拘束するとか、したがってまたそのことによって裁判の基準になりうるといったことであって、「国民の権利義務を一方的に変動させる」かどうかといった意味での効力とは区別されるべきであると思われる。そしてまた、仮に右の意味での「法規」が国民との関係においても「法規」であるとされ、本文に述べたような形式的な説明・分類概念としての域をこえ、具体的な紛争における解釈基準としての機能を具有するにいたるものがあるとしても、それは偶然に両者が一致しただけのことであり、両者はもともと異なる領域に存する問題であると思われる。また、右のように「手続を拘束する」とはいつても、それが具体的にどのようにあるいはどの程度の拘束であるのかは法律の授權のみをもってしては判断できないことであろうし、もしそうであるならば、裁判の場合についても、その基準性を「授權」という形式的側面のみをもってしては容易に判断することはできないであろうと思われる。

三 さて、法規命令および行政規則を右のように解すると、これまでそれらの概念の前提となっていたと思われる「国民の権利義務に関わる規範」が何を意味するのかが問題とされよう。すなわち、右理解からは単なる法律による「法規」制定の授權の有無が問題となるにすぎないから、国民の権利義務に関わるかどうかは両概念の区別とは直接には結びつかなくなるからである。

この点、近年の有力説は『法規』は、国民の権利義務に内容的に関連する事項のみならず、例えば、行政の内部的組織の編制やいわゆる非拘束的行政計画の内容的要件・策定手続であれ、いかなる内容や対象も規律しうる⁽¹⁾と述べ、しかも「法規」性は議会による授權の存否によって決定されるとしているから、それによれば、国民の権利義務に関わるかどうかは、「法規」性の判断にとって必ずしも重要なものではないことがわかる⁽²⁾。そして、ここでの「法規」とは、まさに「行政権を対外的にも拘束し、裁判基準性をもつもの」として位置づけられる。この見解は、とりわけ行政の内部—外部の区別を排し、議会の授權の存否との関わりにおいて行政権を位置づけている点では、確かに卓見と言いうる。ただ、他方で、これまでにまたたび問題となっている通達などの行政規則の機能、もしくは授權が不明確な場合の法規性、といったことに対応しようとするのか、いまひとつ明らかにさ

れていないようにも思う。もっとも、通達などが「法規」制定の授權に基づかずして「法」と同様の機能を呈しているようなときには、それ自体の違法の問題として処理すればよいことにもなるが、そこで「法」というときにそれが「行政権に対する対外的拘束性もしくは裁判基準性」を意味するのかどうか、はじめから「授權」が存しないのであるから右の意味での「法」は問題となりえないのではないか、仮に「法」が問題となるにしてもそれは何故にか、実質的に「国民の権利義務との関わり」を念頭に置いていないからではないのか、といった疑問も存する。

もちろん、論者によれば、「法規」とは「国民の権利義務を一方的に変動させる効力をもつ規範」をも意味するから、その限りでは右の疑問に答えうるが、しかし、そのことと議会の授權の存否による「法規」性の判断とは、必ずしも結びつくものではない。⁽³⁾ そうすると、議会の授權の存否による判断は一応の基準とはなりうるものの、それは別のレベルで「国民の権利義務との関わり」を問題とせざるをえないのではなからうか。筆者は、前者ですでに述べたように法規命令と行政規則とを形式的に説明・分類するための基準、すなわち「法律の法規創造力」の内容と捉えるが、⁽⁴⁾ 後者は、いわば実質的な意味での「法規」（もちろんここで「法規」という語を用いてよいかどうかは、ここでの問題とは別である）として捉えることができるように思われる。

そこで、たとえば計画が通達などのいわゆる行政規則によって行なわれた場合で、なおかつそれが右の意味での「実質的な「法規」性」を有している場合には、その形式が立法の指示によるときには立法者の行為形式の選択の適否が、また、形式について立法上何らの指示もなく行政機関が行政規則という形式を選択したときには行政レベルでの行為形式の選択の適否が、それぞれ「国民の権利義務との関わり」において問題となる。⁽⁵⁾ もちろん、これを「法規」性の問題とみるかどうかには議論の余地があるが、いわゆる限界的な事例においては右のような判断をせざるをえないと思われるのである。

そこで、右の「形式的意味での「法規」性」は、議会による「法規」制定の授權の存否もしくはその明確性に従

って判断することになるが、他方で、右の「実質的意味での「法規」性」はどのように判断さるべきであろうか。これを近年の有力説に沿って説明すれば「国民の権利義務を一方的に変動させる効力」ということをもって行なうことになるが、この段階に至ると、右の二つの意味での「法規」性は、実は異なるレベルでの判断であることが明らかである。すなわち、「形式的意味での「法規」性」は実体法の規定に基づく判断であり、そこで「法規」性ありとされたものに対しては、その策定手続や内容的な要件、更には訴訟類型に至るまでさまざまな規律が及ぶことになり、⁽⁶⁾ その意味ではいわば実体法的な「法規」性であるとも言えよう。それに対して、「実質的意味での「法規」性」は、それが右の意味での実体法的な規律とは無関係に、まさに「国民の権利義務」との関わりにおいて、そこでの私人の権利保護の視点から捉えうるところの、いわば訴訟法的な考慮の上に立つところの「法規」性であると言いうる。前章で述べた指針的計画に対する権利保護の問題などは、まさにこのような意味での「法規」性に關するものであったと思われる。ただ、そこでの権利保護の問題がその適時性(Rechtzeitigkeit)の問題と捉えうるならば、⁽⁷⁾ 右の意味での「法規」は、国民が当該計画を訴訟によって争いうるのはいつの時点においてか、ということとを判断するための基準となるべきものと考えられるから、当該計画が「国民の権利義務を一方的に変動させる効力」を有するに至るのはどの時点かの判断が必要になることは言うまでもない。そして、立法者による行為形式の指定が適切であったかどうか、この時点において、および右の訴訟法的な意味での「法規」性との関わりにおいて判断しうることになる。⁽⁸⁾

(1) 平岡・前掲現代行政法大系2・六六頁。

(2) したがってまた、行政の「内」であるか「外」であるかも重要ではない。この意味では、たとえば、R.-P. Löhr, Gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten der Gemeinden gegen Regionalpläne, DVBl. 1980, S. 13 ff.; E. Schmidt-Abmann, Rechtsstaatliche Anforderungen an Regionalpläne, DÖV 1981, S. 237 ff., 238 f.が、内部法規(Innenrechtssatz)と外部法規(Außenrechtssatz)の區別を論じていることも参考になろう。

（3） 本款二註（8）および註（9）を参照。

（4） 本稿本号九八頁参照。

（5） 塩野・前掲現代行政法大系2・二五頁以下は、行為形式の選択の問題に関して、立法のレベルと行政のレベルとを区別して論じているので参照されたい。ただ、そこでは「ある政策目的を実現するに際して、いかなる行為形式を利用するか」といういわば「利用」の側面に重点を置いて論じられており、その意味では本稿における問題と若干ニュアンスを異にするのかもしれない。

（6） 本章第一節における具体例を参照せよ。

（7） 本章第一節第二款二参照。

（8） これとの関連では、更に、「法律による授権の必要性」が問題となる。この点に関して、わが国の通説的見解においては、当該行政立法が「法規」たる性質を有するときにはその制定について法律の授権が必要であるとしてきた。しかし、「法規」が、本文に述べてきたように「議会による授権の存否」によって判断されるべきものとすれば、それは「議会の授権の存否を手掛りとして議会の授権の要否を決しようとするのにほかならず、明らかにタウトロジー」である。これは、実は、行政権がいかなる範囲の立法を行なうことができるか、いかなる範囲の立法は法律の授権を必要とするかという、いわば法律の留保の範囲の問題であり、それは、本文でこれまで述べてきたような法規命令と行政規則の区別、および行政立法が国民の権利義務に影響を及ぼすかどうかといった問題とは、直接には結びつかない。これらの諸問題が曖昧な形で混同されてきたことは近年つとに指摘されているところであるが、筆者も基本的には同様に考える。

第二款 「行為形式」としての行政計画とその「法的性質」

一 そこで次に、右の議論を踏まえながら、「行為形式」としての行政計画の独自性とそれに対比させる意味での「法的性質」の問題について考えてみることにしたい。⁽¹⁾

すでに見てきたように、西ドイツにおいては計画の行為形式を法律で指定している例を多数見ることができ、それはどのようなことを意味していたであろうか。たとえば、それが法律もしくは法規命令であるときには、下位計画もしくは爾後の諸措置との関係で、それらを策定・実施するための手続や諸原則を定める基本法的な役割をはたしていることはもちろんのことであるが、それとは別に、それが法律もしくは法規命令とされることによつて、当該計画自体の策定手続や内容的要件、更にはそれを策定する行政の内部組織についてまで、その形式に応じ

た規律がなされている。すなわち、ここでその「行為形式」との関連で捉えうるのは、たとえばそれが法律や法規命令であるときには、それらが法律の授權（前款の意味での「実体法的な「法規」制定」の授權）に基づくものであること、したがってまたその策定手続等についても「法規」制定に応じた規律が加えられていること、などである。⁽²⁾つまり、ここで重要なのは、もっぱら手続的な側面なのであって、このことは計画が他の行為形式で策定されるときにも同様に考えてよい。「行為形式」は、したがって、ここでは「議會による授權の存否」のみによって判断されることになり、それは前款で述べた「法規」性の判断基準と同一である。しかも、そこで示された「行政権を対外的にも拘束し、裁判基準性をもつ規範」という「法規」の効力は、右の意味での「行為形式」の議論の枠内で説明することができよう。他方、「国民の権利義務を一方的に変動させる効力」という意味での国民に対する規律もしくは権利侵害性は、「議會による授權の存否」とは一応区別されるべきであると考えられる。国民に対する規律もしくは権利侵害性の問題は、具体的には当該行政立法が制定された後の効果であり、それは行政立法の司法審査もしくは国民の訴訟法上の権利保護と結びつくことはあっても、そのことが当該行政立法の制定手続に直接に影響することはない。⁽³⁾

ただ、問題となるのは、計画の場合、かりにその策定について法律上の授權が存し、その形式が法律上指定されているとはいっても、通常行政立法とされているものと比べて内容的にも複雑であるし、いわば動態的でもあることである。そこで、このようなことに鑑みて、手続的にもそれを行政立法の場合と同一視できないのではないか、という疑問が生ずるのは当然である。とりわけ、目標設定性と手段総合性といったいわば計画の全体的な斉合性という特質は、その手続を必ずしも画一的に決定しうるものではないし、策定過程への関与および参加も、「行為形式」が決定されることによってその態様・程度・時期などが一義的に明らかになるものでもない。そして、確かに、計画のこのような特質を捉えて、そこに独自の「行為形式」性を付与することもできないが、しかし、

それは「行為形式」が他のそれとは異なるが故に生ずる独自性ではなく、むしろそれが「計画化」という特質を有することからくるものであると考えられる。すなわち、法律・法規命令・行政規則・行政行為などが「計画的に」策定・実施されるのであって、その手続の完結点はいくまでも法律・法規命令・行政規則・行政行為等の「行為形式」でもって示されるし、手続それ自体もそれらの「行為形式」に依拠して決定される。換言するならば、そのような「計画性」は計画がどのような「行為形式」を有していても存するものであり、両者は異なるレベルの問題であると言いうる。⁽⁴⁾そして、このような議論の方法は、法律が計画の行為形式を指定しているときには、とくに有効であるように思われる。

したがってまた、次に、法律が計画の行為形式を指定していない場合が問題となる。この問題をたとえば前款的「法規」性との関わりにおいて論ずるならば、筆者はそれを「法規」性を有しない行政規則とみる。わが国ではもっぱらこのような場合が議論の対象とされ、それが現実には有する影響およびその重大性、したがってまたそれに対する訴訟法上の権利保護や参加の必要性が強調されるが、それはあくまでも、それが「計画的に」策定されることから生ずる、換言するならば、ある目標を設定してそれを実現するためにさまざまな手段を総合的に用いて行なうという、当該行政過程（計画過程）の複雑性もしくは動態的性格からくるものであって、そのことと「行為形式」とは直接には結びつかないと思われる。もし、このようなものが国民に対する権利侵害を生じさせるようなときには、それは国民の権利保護それ自体の問題のみではなく、行為形式の選択が適切であったかどうかの問題としても捉えることができる。⁽⁵⁾

以上のことから、現段階においては、「行為形式」としての行政計画の独自性を主張する実益はあまりないと思われるし、それは「行為形式」とは次元の異なる観念であると思われる。

（1）以下の議論は、主に、前款的「法規」性すなわち法規命令と行政規則の議論との関わりにおいて論ずるものであるが、それは計画が他の

行為形式すなわち行政行為などで策定される場合にも、基本的にはあてはまるものと考えている。また、この問題については近年多くの議論が展開されており（前款一註（4）参照）、筆者の見解もそれらに負うところが多いので、具体的な論証は今後の課題としつつ、ここでは結論的な部分のみを述べるにとどめたい。

（2）ここには、更に、それを国民が争うには規範統制手続によるべきことなど、特定の訴訟類型が準備されているといったことも含めてよいであろう。

（3）もつとも、権利侵害の問題は、計画が最終的に確定される以前にも生じうる。そして、それをその時点で争わせなければ権利救済の実を挙げえないようなときには、当然、その策定手続のあり方が問われることにもなる。しかし、まず第一に、右の問題はいつの時点で争わせたらよいかという、いわば権利保護の適時性の問題であって、計画の「行為形式」との関連で捉えうるものではない。すなわち、それは計画がいかなる形式で策定されようとも生じうるものであるからである。したがって、第二に、それは計画の「行為形式」からは区別されるところの「計画性」によるものであると思われる。ここで「計画性」が何を意味するのかはそれ自体重大な問題ではあるが、計画に特有の調整・適合といった、いわば比較衡量や計画裁量の問題がそこに含まれてくると一般的には言うのかもしれない。そこで、たとえば行政計画に対して独自の「行為形式」性を認めるのであれば、実際の手続に対しても「計画性」を含めた意味での規制を予め認めることが必要となる。しかし、他方で、「行為形式」というものの自体、たとえば法規命令と行政規則の区別については「議会による授権の有無」という形式的基準に基づくものであること、更には、現実に計画に対して法律・法規命令・行政規則といった「行為形式」が立法により指定されていることを考えると、計画に右とは異なった角度から独自の「行為形式」を付与することはできないし、「行為形式」に対して計画の場合についてだけ独自の「計画性」を付加し、それに実質的・内容的な規制のあり方についてまで含ましめるには問題がある。ここで「行為形式」によって引き出されるものは、あくまでも手続の形式的側面に限られると考えられる。

ただし、右のように考えても問題は依然として残るのであって、それは、右の「計画性」を法的にどの段階で論じたらよいかということである。これについての結論をここで早急に示すことは控えたいが、いずれにしても、他の行政活動との関連を考慮するならば、行政計画についてだけ特殊に論ずることはできないであろう。したがって、個々の行為の「行為形式」からは右の「計画性」のごとき特殊な効力を引き出すことはできないように思われる。むしろ、ここで考えうることは、「行為形式」に「計画性」を付与することではなく、計画を全体として捉えて、その中に個々の「行為形式」をいかに位置づけていくか、ということであろうと思われる。その場合、具体的には、たとえば「法規」形式の計画を策定すべきことを授権している法律それ自体も、全体としての計画の中でいかに位置づけられるべきかが判断されることになるから、そのことによつて、その授権の内容・範囲も計画というもののの中で評価されることになり、手続のあり方にも計画的規制が加えられることになる。しかし、これはあくまでも全体としての計画に対する位置づけから導かれることであつて、「行為形式」それ自体から導かれる問題ではないと考えられる。

このような事情をも考慮すると、計画策定過程での実体的な権利救済の問題は、「行為形式」の側面からは捉えることが難しいのであり、むしろ、前款で述べたように、あくまでも訴訟法的見地から構成することの方が望ましいと思われるのである（事前手続の側面をも考慮するならば、「争訟法的」と言った方がよいかもしれない）。

(4) これについて、藤田宙靖「現代の行政と行政法学」公法研究四六号（一九八四年）一四〇頁註（33）は、「計画は、法形式としては、法律・法規命令・行政規則・条例等々、既存の理論において既に認められている様々の形を以て登場する。従って『計画』が、新しい法技術であると言える為には、例えば、仮にそれが『法律』という形式を以て定められたとしても、まさにそれが計画であるが故に、法律という法形式について従来認められて来た様々の法的効果とは異なった法的効果が伴う（例えば、後法は前法を破る、という原則が適用されない）、というような事実が、前提として認められるのでなければならない。そうでない以上、いわゆる『計画』も、法技術としては、単に『法律』であり『行政規則』であり、或いは『条例』であるに過ぎない」と指摘している。

この指摘は、行政計画というものの重要性を認識しながらも、他方で、現実にはそれが既存の法形式をもって定められることがあることに着目している点では、筆者と同様の視点に立つものと思われる。もっとも、たとえば、右の「後法は前法を破る」という原則が適用されないといった計画に特有の法的効果が、はたして「計画」という新しい「法技術」の法的効果であるのかどうか、疑問がないではない。もし、このような意味での計画に特有の法的効果をその法形式との関連で承認するのであれば、当初問題としていたはずの「法律」等の法形式の技術性との関連があいまいになるし、更には、「行政規則」についてはどのような法的効果を観念し、それが計画であることによってどのような法的効果が観念されるのか、必ずしも明確ではない。この点の検討は他日を期したいが、現段階においては、すでに述べたように（第二章第一節）、右のような「法的効果」は法律等の「行為形式」の効果ではなく、それとは区別されるところの「計画性」から生ずる独自の効果であると考えている。ただ、いずれにしても、既存の理論において認められてきたものが、「計画」であることを言うまでもない。

かの検討が必要であることは論者の指摘するとおりであり、行政計画を論じるうえでの重要な課題であることは言うまでもない。

(5) したがって、ここで「行為形式」と関連しているのは、その形式の選択が適切であったかどうか、という、立法者および計画策定者の行為の適法性の問題であり、その選択が不適切であることによる国民の権利保護の問題は、「行為形式」からストレートに導かれうるわけではない。

二 さて、計画の「行為形式」は右のように捉えうるのであるが、そうすると次に、それに対比させる意味での「法的性質」とは何かが問題となろう。もっとも、その際、ここでいうところの「性質」がそもそも何を意味しているのかを明らかにしておくことが必要となる。これを前款で論じた「法規」との関連で述べるならば、「国民の

権利義務を一方的に変動させる」性質と解してよいと思われるが、そうだとすると、この意味での「性質」は、まさに法規命令についてのみ認められることになる。しかし、そもそもここで「国民の権利義務」との関連を論ずるのであれば、そのような「性質」は右の「法規命令」についてのみではなく、「行政規則」についても、それが「事実上は『法』と同様の機能をはたす」⁽¹⁾限りにおいては認識することが可能であると言わざるをえない。このような「国民の権利義務」との関わりを「法的性質」と呼ぶかどうかは、確かに、単なる言葉の問題にすぎないが、それを「国民の権利義務」との関わりで論じるならば、当該行政措置それ自体が本来的に有しているはずの効力とは別個に、「国民の権利義務」の面から独自にその「性質」を論ずることも許されよう。そうすると、このような意味での「性質」は、「国民の権利義務を一方的に変動させる」かどうかという行為それ自体の面からではなく、もっぱら訴訟法的見地から、国民の権利救済との関わりにおいて構成することもできる。前款では、「法規」を、実体法的なそれと訴訟法的なそれとに一応区別したが、それを「法規」と称するかどうかは問題であるとしても、ここでの「国民の権利義務」との関わりにおける「性質」論は、まさに、その訴訟法的な意味での「法規」概念に対応するものにほかならない。そうすると、両者の「法規」性、したがってまた「行為形式」と「法的性質」とは異なった次元での問題であることになり、実体法的には「法規」であっても訴訟法上は「法規」ではない、といったことも、それ自体決して矛盾するものとは言いいないことになる。⁽²⁾

そこで、以上の議論を踏まえながら、指針的計画などのいわゆる非拘束的な計画について若干の検討を加えておこう。

ところで、ここで「非拘束的計画」とは「国民との直接的な法的かわり」をもたないものを言い、「国民の権利益に対する直接的な制限が法的に認められる」拘束的計画と対比される。そして、拘束的計画は、国民に対して直接の関わりを有するが故に処分性が認められ、したがってまた国民はそれを行政訴訟（取消訴訟）で争いうる

とされるが、それに対して、非拘束的計画は、国民との直接的な関わりを有しない全くの内部的行為であるから、処分性も存せず、したがってまたそれを争うこともできないとされる。⁽³⁾しかし、ここには、これまで述べてきたこととの関連で、かなりの議論の混乱がみられる。

まず、右でいう「拘束力」は「国民に対する直接の関わり」を指しているものと考えられるが、（「国民に対する直接の関わり」ということが具体的に何を意味するのか、「内容」か「効力」か、という問題は別にしても）それを前款的「法規」性もしくは本款的「行為形式」と「法的性質」の議論との関連でみるならば、それがいかなる意味での「拘束力」であるのか、必ずしも明確ではない。ある計画が拘束的であるかどうかについて、筆者は、計画策定権者もしくは当該計画の名宛人との関係で判断すべきものと考えるが、それは、計画によって国民が拘束されるかどうかという同一ではない。ましてや、それ自体が拘束的に策定されるかどうかということと、それが国民に対して拘束的に作用するかどうかということは、区別して論ぜられるべきである。これまでの議論では、国民に対して拘束的に作用するが故にその策定手続は拘束的でなければならないというように、両者を混同していたように思う。⁽⁴⁾そこで、これを再び前款的「法規」性すなわち「法規命令」と「行政規則」との関連で述べるならば、以下のごとく整理しうるであろう。

まず、その計画が拘束的であるかどうかは、計画策定権者を対外的にも拘束し、かつ裁判基準性を有するものとして策定されるかどうかによって判断されるべきものと考えられるが、それは、もっぱら議会による「法規」制定の授權という形式的基準によって判断される。つまり、ここで計画の「拘束性」を論ずる意義は、計画それ自体が授權法と法的にいかなる関係にあるのか、したがってまた、その策定手続が法的にいかに（拘束的に）規律されているのか、更には、そのことの帰結として、策定された計画が対外的にも拘束力あるものとして通用せしめうるかどうか、といった点に存することになる。他方、国民の権利義務が拘束されるかどうかは、右の形式的判断と

は別に、具体的・実質的に判断さるべきであり、結局、それは、国民の権利保護の見地から当該計画に「拘束性」を認めるべきかどうかという、極めて（訴訟）技術的な判断によることになる。したがって、これは、これまでに論じてきたこととの関係では、「実質的な意味での法規性」もしくは「訴訟法的な意味での法規性」に対応するものと言いうる。そして、この段階に至ると、それは以下に述べる「処分性」と密接に結びつくことにもなる。その意味でも、ここでは「拘束性」の語を用いない方がよいであろう。⁽⁵⁾

さて、計画に対する権利保護がこれまで制限的・消極的に解されてきた論拠として、たとえば、その計画の権利制限の効果は「当該事業計画の円滑な遂行に対する障害を除去するための必要に基づき、法律が特に付与した公告に伴う付随的な効果にとどまるものであって、事業計画の決定ないし公告そのものの効果として発生する権利制限とはいえない」といった付随的效果論や、「直接それに基づく具体的な権利変動の生じない事業計画の決定ないし公告の段階では、理論上からいっても、訴訟事件としてとりあげるに足るだけの事件の成熟性を欠く」といった争訟未成熟論をあげることができ、土地区画整理事業計画に関する有名な昭和四一年の最高裁判決も、⁽⁶⁾これらを論拠として、右計画を事業の青写真たる性質を有するにすぎず、直接特定個人に向けられた具体的処分ではないとしたのであった。⁽⁷⁾

しかし、これまでの考察からも明らかのように、訴訟が許されるかどうかという側面からの権利制限が生じるかどうかは、当該計画それ自体の本質的效果であるか付随的效果であるかということとは直接には結びつかない問題であるし、土地所有者等に対する権利制限の効果を付随的效果と認識することが仮に誤りではないとしても、そのことと「処分性」の問題とは、一応区別して考えうる。また、事件の成熟性にしても、そのことを論拠として後続の具体的な行為がなされた段階で救済を求めれば足り、それは決して訴訟提起の可能性までも否定するものではないとされているが、計画および後続の具体的措置が進行した段階では事実上それを争いえなくなるし、すで

に述べたように、計画に対する権利保護の問題の本質は、当該計画を訴訟上争いうるかどうかにあるのではなく、むしろ権利保護の適時性であることを考えれば、それが必ずしも説得的な論拠となりえないことは明らかである。そして、これらのことは、計画がいずれの「行為形式」で行なわれる場合においてもあてはまりうるものと考えられるし、西ドイツに比べて訴訟類型が限られているわが国においては、右のように捉えることはより有益であろうと思われる。

以上みてきたように、計画それ自体の「拘束力」と「処分性」とは、厳に区別して論ずべきであると考えるが、そのためには、何よりも、本稿でいう「行為形式」の根拠としての授權の明確性と、その直接的な効力としての手続的側面の規範的・理論的な整備が望まれることは言うまでもない。なぜなら、そのことによって、行政権に対する拘束力や計画過程への国民の関与権などが、より一層明確かつ強固になりうるからであるし、そのような裏づけがあつてこそ、右の「処分性」の捉え方も実効性をもちうるからである。

（１） 平岡・前掲現代行政法大系２・六七頁。

（２） このように形式と内容とが相違している例は、いくつも見ることができ。たとえば、人事院規則は一般には法規命令であると解されているようであるが、かつて公務員の勤務関係は特別権力関係とされ、公務員は「国民」にはあたらないはずで、したがって人事院規則も行政の内部関係を規律するにすぎないはずであつたにもかかわらず、何故にそれが法規命令と言いつたのであろうか。ここでそれを安易に推測することは許されないが、おそらくそこには、右規則が国家公務員法といった具体的な法律の授權に基づいて制定されるがために、「法規」たる性質を有すると考えられてきたものと思われる。したがって、ここで「法規」は、具体の議會制定法による授權というこのみをもって判断されることになるが、他方で、特別権力関係論の立場からは、規律の内容については「法規」性を有せず、内部的な規則か、もしくは右「形式」とは全く別の観点から判断されることになる（もつとも、たとえば、特別権力関係論を否定する立場からは、規律の内容についても「法規」たる性質を有することになろう。しかし、このような「法規」たる性質は、規律の具体的内容から生ずるものであつて、それが法律の授權に基づいて法規命令という形式を用いたということとは関係がないと思われる）。

また、これまでも本文でしばしばあげている各種の訓令や通達についても、これらが現実の行政活動において重要な役割をはたし、国民の権利利益にも重大な影響を及ぼしているということから、本来それが行政規則であるとされているにもかかわらず、一定の要件の下に

私人がそれを争うことを認め、争訟裁断の基準とされることもある。そして、このような状況に対してはさまざまな説明がなされているが、それを本稿との関連で説明するならば、それらは行政上の必要・便宜のために制定されるものではあるが、具体的な法律の授權に基づくものではないために「法規」性を有しない「行政規則」とされているにすぎず、その規律の内容は国民の権利義務と何らかの関わりを有するものであり、それが場合によっては「国民の権利義務を一方的に変動させる」ものであることもありうるのである。

もっとも、このような捉え方に対しては、規律の内容は国民の権利義務に影響を及ぼしうるようなものであるとしても、「法的には」国民の権利義務に影響を及ぼすことはなく、右影響は単に事実上のものであるにすぎない、という反論が考えられる。しかし、これまでも述べているように、行政規則という行為形式の側面からその規律の内容までも規定しようとするものであつて、形式的な行政の活動形態たる「行為形式」に法解釈の技術性を付加するものであり、現段階においては納得しがたい面がある。第一章において論じたように、行政計画においては、行為形式と具体的な規律の内容との差異が問題となつていのであるから、まずその面での概念的整理を図ることが必要であるし、現実の計画の「行為形式」にいかなる意味を付加するかという、いわば法技術的な「行為形式「論」」は、それから後の問題であらう。

(3) 計画に対する裁判所の統制、とりわけ私人の権利保護を理由とする取消訴訟の可否は、わが国においては、従来、当該計画が拘束的であるか否か（国民に対して直接関わりを有するか否か）によつて判断されてきたように思う。それによれば、たとえば、計画を国民の権利利益に対する直接的な制限が認められる拘束的計画とそれ以外の非拘束的計画とに分け、あるいはまた、拘束的計画の中に行政機関を拘束するものをも含めて考えられてきた（たとえば、原田尚彦『行政法要論』（一九八四年）九二頁）。そのうち、前者においては、拘束的計画には処分性を認め行政訴訟で争うとするが、非拘束的計画は全くの内部的行為であるから争いえないとする。他方、後者の場合、国民を直接拘束するものは外部的拘束を有しているので、行政訴訟は問題なく認められる。また、行政機関を拘束するものについても、「国民の権利利益に直接的にかかわるものではないが、行政体内部における活動の基準であり、計画実施機関はこれを順守しなければならないと同時に、行政計画が行政機関にとつての行政活動の基準であることから、国民からも行政活動についての予測が可能となり」（室井編『新版現代行政法入門』（一九八四年）六五頁以下（見上執筆部分））、「行政計画と国民の権利利益とのかかわり方を具体的に検討することによつて、行政計画の処分性の有無を判断すればよい」（同七一頁）ということになれば、行政機関を拘束するにすぎない計画であつても、「行政計画の効果が具体的に私人の権利利益の制限として現われている以上」（同七〇頁）、私人はそれを争いうるということにならう。ただ、後に本文で述べるように、拘束性・処分性等の諸概念相互の関係は必ずしも明確ではないように思う。

(4) すなわち、そこでの拘束力の有無は、結局、私人との関係での拘束力を問題としていのであるが、たとえば計画の名宛人となること、多い行政担当者との関係は、どのように捉えうるのだろうか。処分性を前註（3）のように捉えるのであれば、それと区別する意味での「拘束性」を語ることが必要とならう。

また、これに関連して、行政計画についてこれまで行なわれてきた分類には合理性がないとし、「行政計画は、法的拘束力の有無と住民の

救済手段の観点から再考慮すべきである」（荒・小高編『不動産法概説②』（一九七八年）一七三頁〔木村執筆部分〕）とする見解がある。これによれば、都市計画、土地区画整理事業計画、農地買収計画などは、「計画が公告されると、土地形質変更禁止（区画整理七六条一項）、建築行為の制限（同前、都計三七条）、開発行為の規制（都計二九条以下）などの権利制限が土地所有者等に課せられる」から、法的拘束力を有する計画であるとし、「これに対し、国土総合開発計画（国総二条一項）、全国総合開発計画（同七条一項）、地方総合開発計画（同八条一項）などは法的拘束力のない行政計画である」（同一七四頁以下）という。そして、この法的拘束力との関連から計画と行政訴訟の問題を判断し、法的拘束力のある行政計画についての行政訴訟の提起を認めている（同一七七頁）。

行政計画については、確かに、その法的拘束力の有無が重要と思われるのであるが、しかし、右で言うところの法的拘束力とは、まさに「国民の権利義務との関わり」であり、その国民との関わりをもって「法的なものとする。そして、法的拘束力の有無は処分性と結びつけられ、結局は処分性の問題として処理されている（同一七六頁以下参照）。すなわち、とりあえず当該計画策定権者をいかに拘束するかという意味での拘束力は別としても、右では、計画が国民にどの程度関わるかということが中心の関心事であり、法的拘束力を有するとされた計画が、それ自体、爾後の計画化や諸措置に対し法的にいかなる効力を有し、爾後の手続をどのように規制するか、といったことについては、（おそらくは単なる行政内部の關係にすぎないという理由から）全く問題とされていない。

（５）「処分性」が、従来は、計画が国民と直接的な関わりを有しているかどうかという見地から判断されてきたこと、しかし、それは計画の「拘束力」であって、国民の権利保護の見地から当該計画に「拘束性」を認めるべきかどうか、ということとは、必ずしも一致しないことは本文で述べたとおりである。非拘束的計画がその処分性を根拠づけうるような法的拘束力を有せず、したがってまた、計画の事実上の機能・拘束力の重大性のゆえにいかんして処分性を根拠づけるかが問題となっているところでは、まさにこのような区別の上に立った、とくに権利保護の見地から当該計画に拘束性を認めるべきかどうかというモメントは、より一層の重要性をもちうると考えられるのである。

（６）最高裁昭和四一年二月二三日判決（民集二〇巻二七二頁）。

（７）以上につき、芝池義一「行政計画」現代行政法大系２（一九八四年）三四三頁以下参照。

おわりに

本稿では、主に、計画の「行為形式」に焦点を合わせながら、計画をめぐるさまざまな議論に触れてきた。しかし、もちろんこれだけで行政計画をめぐる諸問題が解決されるわけではないし、むしろ、それらの中の限定された領域に対して、一つの方向を示したにすぎない。とりわけ、本稿においては、計画の「法的性質」をかなり限定さ

れた意味において、いわば「行為形式」と対をなすものとしてのみ用いてきた。しかし、それは右で述べてきたような訴訟法的な意味だけではなく、というよりも本来はむしろ実体的なものであるはずである。本稿においては、「国民の権利義務との関わり」というのを、いわば逆手にとって、その救済という側面のみを強調したきらいはあるが、むしろ、計画それ自体が、国民に限らず広く計画の名宛人との関係で法的にいか位置づけられるのかが論ぜられるべきであろう。したがって、いずれにしてもその問題は個々の具体的な計画の検討なくしては行ないえないものであるため今後の課題とせざるをえないし、更に、第一章で呈示した問題も、その多くは触れることができなかった。それはともかく、行政計画を論ずるにあたっては、法制度と現実とを勘案しながら、法制度論と法解釈論、更には立法政策的な議論も必要となってくるであろうし、それが「法理論」という形で統合されることが要請されていると言いうるであろう。

〔付記〕 本稿は、昭和五七年三月に提出した学位論文を再構成し、必要最少限度の加筆・訂正を行ないつつ、約五分の二に圧縮したものである。したがって、右論文の中心を成していた西ドイツの国土整備法制の歴史的展開についての部分は、すべて削除した。いずれ改めて考察の機会をもちたい。